

NORBERTO BOBBIO

TEORÍA GENERAL DEL DERECHO

Segunda edición

TEMIS

TEORÍA GENERAL
DEL
DERECHO

NORBERTO BOBBIO

TEORÍA GENERAL DEL DERECHO

Cuarta reimpresión de la segunda edición



EDITORIAL TEMIS S. A.
Bogotá - Colombia
2002

Título del original italiano:

Teoria della norma giuridica
G. Giappichelli-Editore, Torino, 1958
y
Teoria dell'ordinamento giuridico
G Giappichelli-Editore, Torino, 1960

Traducción de
JORGE GUERRERO R.

Calle 17, núm. 68D-46, Bogotá
e-mail:editorial@temis.com.co

ISBN 958-35-0372-0
1975 200200019500

Hecho el depósito que exige la ley.
Impreso en Talleres Editorial Nomos.
Carrera 39 B, núm. 17-85, Bogotá.

ADVERTENCIA ACERCA DE LA TRADUCCIÓN

Ante los reclamos de algunos lectores acerca de ciertas fallas que se deslizaron en la traducción de la primera edición castellana, me impuse la tarea, bastante fatigosa por cierto, de revisarla con el mayor cuidado, a fin de ofrecer, en esta segunda edición castellana, una versión fiel, hasta donde me ha sido posible. En efecto, corregí no solo fallas gramaticales y de puntuación, sino también inexactitudes de interpretación, algunas veniales y otras en materia grave. Con esta nueva versión el lector puede tener la seguridad de que el pensamiento del autor ha sido trasladado fielmente, en lo posible, a la lengua castellana.

JORGE GUERRERO R.

PRÓLOGO A LA PRIMERA EDICIÓN CASTELLANA

Agradezco al profesor Eduardo Rozo Acuña por haberse tomado el trabajo de traducir al castellano mi *Teoría general del derecho*, y haberlo realizado con impecable pericia.

El presente libro se compone de dos cursos universitarios: *Teoría de la norma jurídica*, publicado en 1958, y *Teoría del ordenamiento jurídico*, publicado en 1960. Continuamente reimpresos para responder a la demanda de profesores y estudiantes de diversas universidades italianas, y que hasta ahora han aparecido en volúmenes separados a pesar de estar estrechamente ligados, y de ser el segundo la natural continuación del primero, aparecen en un solo volumen por primera vez en esta edición y esto me suscita la idea de considerarlos como un nuevo libro. Un nuevo libro cuyo mérito corresponde a quien ha realizado la traducción.

Cuando desarrollé los dos cursos, respectivamente en los años académicos de 1957-58 y 1959-60, hacía tiempo que me dedicaba a los temas específicos y tradicionales de la teoría general del derecho, comenzando por la *Analogía en la lógica del derecho* (1938), seguida de *La costumbre como hecho normativo* (1942). Después de una interrupción de varios años, ocasionada por la ocurrencia de hechos no especialmente favorables al recogimiento en el estudio desinteresado, reanudé las reflexiones sobre la teoría general del derecho en 1949, con un análisis de la *Teoría general del derecho* de FRANCESCO CARNELUTTI, de la cual había aparecido en 1946 una segunda edición, revisada y renovada, que representaba el primer intento, hecho por uno de los más grandes juristas italianos, de ordenar en un sistema coherente y conceptualmente riguroso la materia variada y compleja, del derecho positivo, surgido de muchas y diversas circunstancias, sin un proyecto ordenador preciso.

El análisis de la obra de CARNELUTTI me llevó a plantearme el problema de la naturaleza de la teoría general del derecho, que debía diferenciarse tanto de la filosofía del derecho como de la ciencia jurídica. A esta cuestión le dí una respuesta (1950) que dejaba ver la lectura que había hecho años atrás de la obra de KELSEN, acogida muy favorablemente en Italia, y a la cual dediqué en 1954 un ensayo de defensa contra sus críticos jusnaturalistas y marxistas*.

* N. E. Se trata del trabajo titulado "La teoria pura del diritto e i suoi critici" publicado en la *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, VIII, giugno, núm. 2, 1954, págs. 356-378, reproducido con el mismo título en *Studi sulla teoria generale del diritto*, Torino, G. Giappichelli, 1955. Hay traducción castellana de ALFONSO RUÍZ MIGUEL, en *Contribución a la teoría del derecho*, Valencia, Fernando Torres Editor, 1980, págs. 119-142.

No considero necesario tener que ocultar el hecho, evidente a todo lector bien informado, de que la orientación académica de mis estudios de aquellos años se centraba en el análisis estructural del ordenamiento jurídico, según la enseñanza de la teoría pura del derecho.

Fue una orientación que acogí después de haber examinado y de haber sometido a crítica, en una serie de ensayos, las obras más importantes del momento sobre teoría general: la de ALESSANDRO LEVI, que apareció en 1952; las de JEAN DABIN, PAUL ROUBIER, JEAN HAESAERT. Esos ensayos fueron recogidos luego en un volumen en 1955: *Estudios sobre la teoría general del derecho*. Confrontando todas las obras análogas me pareció entonces, y todavía hoy no he cambiado de opinión, que la doctrina pura del derecho sobresalía por su rigor, coherencia e integridad.

Durante aquellos años aparecieron los primeros escritos de la lógica de las normas, o deóntica, como desde entonces fue llamada, de KALINOWSKI y VON WRIGHT, que inmediatamente atrajeron mi atención, y, con ocasión de los escritos de lógica normativa de EDUARDO GARCÍA MÁYNEZ, escribí en 1954 un ensayo, que creo fue uno de los primeros, si no el primero, en presentar estos temas en Italia*. No hay necesidad de poner en relieve, después de tantos años de profundización y desarrollo de estos estudios, cuál fue el aporte de ellos a los temas clásicos de la teoría general del derecho, como los de las antinomias y los de las lagunas. Se perciben algunas huellas, así sea de manera elemental, en la segunda parte del presente volumen.

Confieso no haberlo pensado nunca hasta hoy, pero recorriendo la historia del pensamiento jurídico de aquellos años, me doy cuenta de que fueron especial y aun excepcionalmente fecundos y afortunados para el desarrollo y la formación de la teoría general del derecho, por los siguientes acontecimientos: en 1958 se publicó *Law and Justice* de ALF ROSS; en 1960 la segunda edición revisada y aumentada de la *Reine Rechtslehre* de KELSEN; en 1961 *The Concept of Law*, de HERBERT HART. Textos decisivos, inútil decirlo, para el desarrollo de nuestra disciplina, y que todavía hoy, no obstante haber pasado algunos decenios, se encuentran en el centro del debate sobre la naturaleza del derecho, no solo en Europa. De estas tres obras solo pude entonces tener en cuenta la de ROSS. Pero la tesis de inspiración kelseniana, aquí sostenida, según la cual la teoría de la norma jurídica lleva inevitablemente a la teoría del ordenamiento, con la consecuencia de que la definición del derecho no puede ser dada sino hasta cuando partamos del punto de vista del ordenamiento en su conjunto, fue sostenida en aquellos mismos años por el profesor HART con la tesis del ordenamiento jurídico caracterizado por la combinación de normas primarias y secundarias.

Aceptando como especialmente relevante la distinción entre estructura y función del derecho, para distinguir los dos puntos de vista principales desde los cuales se puede analizar el universo jurídico, cabe decir sin inhibiciones

* N. E. "La logica giuridica di EDUARDO GARCÍA MÁYNEZ" publicado en la *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, XXXI, núms. 5-6, 1954, págs. 644-669. Existe traducción castellana de este trabajo, a cargo de LUIS RECASÉNS SICHES, publicada por la Universidad Autónoma de México, 1956.

que los estudios de teoría general de los que he hablado, tuvieron en común el interés predominante por los problemas de la estructura. Lo mismo ocurre con los míos. Mi interés por los problemas de la función del derecho ha sido desde entonces permanente: en 1960 apareció en los Estados Unidos, en un volumen de varios autores, titulado *Reason, Law and Justice*, mi artículo "The Promotion of Action in the Modern State", en el cual observaba que, en el Estado social contemporáneo, el derecho ya no solo tenía la función esencialmente negativa de proteger los derechos de los ciudadanos y de reprimir sus violaciones, sino que había asumido también la de impulsar las actividades socialmente útiles, recurriendo a sanciones positivas (premios e incentivos), superficialmente consideradas en la teoría tradicional.

El cambio de interés de los juristas de los temas estructurales a los funcionales fue la consecuencia del renovado desarrollo de los estudios de sociología del derecho que el formalismo imperante había descuidado. En 1972 apareció la *Rechtssoziologie* de NIKLAS LUHMANN, que tendría en los años subsiguientes una notable influencia en la reanimación de la sociología del derecho. En 1973 el Congreso Internacional de Filosofía del Derecho celebrado en Madrid, se dedicó completamente al tema de la "función del derecho". Yo mismo, en un artículo de 1971*, escrito para los estudios en memoria del filosófo del derecho argentino AMBROSIO L. GIOGIA, advertía y comentaba la nueva tendencia *hacia una teoría funcionalista del derecho*. Mi última colección de escritos de teoría del derecho lleva por título *De la estructura a la función*, y fue publicada en 1977**.

Contrariamente a lo que generalmente se dice, no creo en absoluto que la teoría funcionalista del derecho, tan apreciada por los sociólogos, haya reemplazado a la estructuralista, como si se tratase de dos perspectivas incompatibles. Sucede casi siempre que cuando surge un nuevo enfoque para observar determinado campo de la realidad, se condena apresuradamente el anterior, como si este fuese no solo diferente sino equivocado. Se ignora o se finge ignorar, por efecto del vicio común a toda escuela de tender al exclusivismo, que todo campo de la realidad puede ser considerado desde muchos puntos de vista, y que más bien esta multiplicidad de enfoques ayuda a su mejor comprensión.

Esto vale con mayor razón para el derecho, que es una esfera muy compleja de experiencias y cuyo conocimiento exige una visión muy global y no sectorial. Los elementos de este universo, que son puestos en evidencia por

* N. E. "Hacia una teoría fundamental del derecho" publicado en *Derecho, filosofía y lenguaje. Homenaje a Ambrosio L. Gioja*, Buenos Aires, Astrea, 1976, págs. 9-30.

** N. E. *Dalla strutura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, Edizione di Comunità, 1977, 278 págs. Comprende, además de una "Premessa", los siguientes ensayos: "La funzione promozionale del diritto" (1969); "Le sanzione positive" (1971); "Diritto e scienze sociali" (1971); "Verso una teoria funzionalistica del diritto" (1976); "L'analisi funzionale del diritto: tendenze e problemi" (1975); "Dell'uso delle grandi dicotomie nella teoria del diritto" (1970); "La grande dicotomia" (1974); "Teoria e ideologia nella dottrina di Santi Romano" (1975); "Struttura e funzione nella teoria del diritto di Kelsen" (1973), y "Tullio Ascarelli" (1964 y 1969).

el análisis estructural, son diferentes de aquellos que pueden ser puestos en evidencia por el análisis funcional. Los dos puntos de vista no solo son perfectamente compatibles, sino que se integran mutuamente y de manera siempre útil.

Si el punto de vista estructural es predominante en mis cursos de teoría del derecho, esto se debe exclusivamente al hecho de que cuando los desarrollé esta era la orientación metodológica dominante en nuestros estudios. Si hoy los debiera retomar, decididamente no pensaría en sustituir la teoría estructuralista por la funcionalista.

Agregaría una segunda parte sin sacrificar nada de la primera. Infortunadamente he llegado a la edad en que cualquier proyecto de trabajo futuro está destinado a quedar en el limbo de las buenas intenciones.

Me satisface que en este limbo no haya quedado la presente traducción, que, por el contrario, ha sido rápidamente hecha y publicada gracias a la diligencia del profesor Eduardo Rozo Acuña y de la Editorial Temis, a quienes renuevo mi sentido agradecimiento.

NORBERTO BOBBIO
Turín, primavera de 1987

ÍNDICE GENERAL

PARTE PRIMERA

TEORÍA DE LA NORMA JURÍDICA

CAPÍTULO I

EL DERECHO COMO NORMA DE CONDUCTA

CAPÍTULO II

JUSTICIA, VALIDEZ Y EFICACIA

CAPÍTULO III

LAS PROPOSICIONES PRESCRIPTIVAS

PÁG.

CAPÍTULO IV

PRESCRIPCIONES Y DERECHO

CAPÍTULO V

DE LAS PRESCRIPCIONES JURÍDICAS

CAPÍTULO VI

CLASIFICACIÓN DE LAS NORMAS JURÍDICAS

PÁG.

PARTE SEGUNDA

TEORÍA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

CAPÍTULO I

DE LA NORMA JURÍDICA AL ORDENAMIENTO JURÍDICO

CAPÍTULO II

UNIDAD DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

CAPÍTULO III

COHERENCIA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

CAPÍTULO IV

LA PLENITUD DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

CAPÍTULO V

LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS Y SU INTERRELACIÓN

PARTE PRIMERA

TEORÍA DE LA NORMA JURÍDICA

CAPÍTULO I

EL DERECHO COMO NORMA DE CONDUCTA

1. UN MUNDO DE NORMAS

El enfoque que aquí se sigue para el estudio del derecho es el *normativo*. Con esto quiero decir que el mejor modo para acercarse a la experiencia jurídica es aprehender los rasgos característicos y considerar el derecho como un *sistema de normas*, o reglas de conducta. Partimos, por lo tanto, de una afirmación general de este tipo: *la experiencia jurídica es una experiencia normativa.*

Nuestra vida se desenvuelve dentro de un mundo de normas. Creemos ser libres, pero en realidad estamos encerrados en una tupidísima red de reglas de conducta, que desde el nacimiento y hasta la muerte dirigen nuestras acciones en esta o en aquella dirección. La mayor parte de estas normas se han vuelto tan comunes y ordinarias que ya no nos damos cuenta de su presencia. Pero si observamos un poco desde fuera el desarrollo de la vida de un hombre a través de la actividad educadora que ejercen sobre él sus padres, maestros, etc., nos damos cuenta que ese hombre se desarrolla bajo la guía de reglas de conducta. En relación con el sometimiento permanente a nuevas reglas, justamente se ha dicho que la vida entera, y no solo la adolescencia, es un proceso educativo continuo. Podemos comparar nuestro proceder en la vida con el camino de un peatón en una gran ciudad: aquí la dirección está prohibida, allí es obligatoria; y aun allá donde es libre, la calle por donde debe seguir está por lo general rigurosamente marcada. Toda nuestra vida está llena de carteles indicativos, algunos que ordenan tener cierto comportamiento, otros que lo prohíben. Muchos de estos carteles indicativos son reglas del derecho. Desde ahora podemos decir, así sea en términos todavía generales, que el derecho constituye una parte notable, tal vez la más sobresaliente de nuestra experiencia normativa. Por esto, uno de los primeros resultados del estudio del derecho es volvernos conscientes de la importancia de lo "normativo" en nuestra existencia individual y social.

Si por un momento nos separamos del hombre individual y consideramos la sociedad, o mejor las sociedades de los hombres, si dejamos de referirnos a la vida del individuo y contemplamos esa vida compleja, tumultuosa y nunca extinguida de las sociedades humanas representada en la Historia, el fenómeno de la normatividad se presenta de manera igualmente impresionante y cada vez más merecedor de nuestras reflexiones.

La Historia puede representarse como un gran torrente encauzado: el cauce está determinado por normas de conducta, religiosas, morales, jurídicas, sociales, que han contenido la corriente de las pasiones, de los intereses, de los instintos dentro de ciertos límites, y que han permitido la formación de aquella sociedad estable, con sus instituciones y ordenamientos, que llamamos "civilización". Indudablemente hay un punto de vista normativo en el estudio y en la comprensión de la historia humana: es el punto de vista según el cual las civilizaciones se caracterizan por los ordenamientos de reglas dentro de los cuales están contenidas las acciones de los hombres que en ella han participado.

La Historia se nos presenta como un conjunto de ordenamientos normativos que se suceden, se sobreponen, se contraponen y se integran. Estudiar una civilización desde el punto de vista normativo significa, en últimas, preguntarse cuáles acciones en esa determinada sociedad, fueron prohibidas, cuáles obligatorias, cuáles permitidas; significa, en otras palabras, descubrir la dirección o las direcciones fundamentales hacia las cuales se dirigió la vida de cada individuo. Preguntas como las siguientes: ¿en determinado pueblo los sacrificios humanos estaban permitidos o prohibidos?; ¿la poligamia, la propiedad de los bienes inmuebles, la esclavitud estaban prohibidas o permitidas?; ¿cómo se regulaban las relaciones familiares, qué podía el padre ordenar a sus hijos y qué le estaba prohibido?; ¿cómo se regulaba el ejercicio del poder, cuáles eran los deberes y derechos de los súbditos en relación con el jefe y cuáles los deberes y derechos del jefe frente a los súbditos? son preguntas que presuponen el conocimiento de la función que caracteriza un sistema normativo en una sociedad dada; y no pueden tener respuesta sino por medio del estudio de las reglas de conducta que han moldeado la vida de aquellos hombres distinguiéndola de la de otros pertenecientes a otra sociedad con diferente sistema normativo.

2. Variedad y multiplicidad de las normas

No bien hemos comenzado a dirigir la atención al mundo de lo normativo, uno de los motivos que más causa asombro es que este mundo es extraordinariamente amplio y múltiple.

Las normas jurídicas, a las cuales dedicaremos de manera especial nuestra atención, representan solo una parte de la experiencia normativa. Además de las normas jurídicas, hay preceptos religiosos, reglas morales, sociales, consuetudinarias, reglas de aquella cortesía que es la etiqueta, reglas de buena educación, etc. Además de las normas sociales, que regulan la vida del individuo en cuanto coexiste con otros individuos, hay normas que regulan las relaciones del hombre con la divinidad o también del hombre consigo mismo. Todo individuo pertenece a diversos grupos sociales: la Iglesia, el Estado, la familia, las asociaciones que tienen fines económicos, culturales, políticos o simplemente recreativos ya que cada una de estas asociaciones se constituye o se desarrolla a través de un conjunto ordenado de reglas de conducta. Además, toda persona sin consideración a la sociedad a que pertenece, adopta programas individuales de acción para la dirección de su propia vida: estos programas son también conjuntos de reglas. Todo grupo humano, todo individuo particular, en cuanto se fija objetivos por lograr prevé también los medios más adecuados o los que considera más adecuados para su logro. La relación medio-fin generalmente origina reglas de conducta de este tipo: "Si quieres obtener el objetivo A, *debes* cumplir la acción B". Son reglas de conducta tanto los diez mandamientos cuanto las fórmulas médicas; tanto los artículos de la Constitución cuanto las reglas del ajedrez o del bridge; tanto las normas de derecho internacional, que establecen cómo se deben comportar los Estados en sus relaciones recíprocas, cuanto un reglamento de copropiedad; tanto las llamadas normas sociales, cuanto las reglas de la gramática o de la sintaxis de una lengua; tanto las normas religiosas para nuestro buen comportamiento en esta vida, cuanto las reglas del tráfico urbano para circular sin accidentes.

Todas estas reglas son muy diversas por los fines que persiguen, por el contenido, por el tipo de obligación que hacen surgir, por el ámbito de su validez, por los sujetos a quienes están dirigidas. Pero todas ellas tienen un elemento común característico que consiste, como veremos más adelante, en ser proposiciones que tienen como fin influir en el comportamiento de los individuos y de los grupos, de dirigir la acción de aquellos y de estos hacia ciertos objetivos antes que a otros.

El número de reglas que cotidianamente encontramos en nuestro camino, como seres que actuamos hacia fines, es incalculable; es tal que enumerarlas sería tan fatigoso como vano contar los granos de arena de una playa. El *iter* de cada acción nuestra, por modesta que sea, está contramarcado por un gran número de proposiciones normativas

que resulta difícilmente imaginable para quien actúa sin darse cuenta de las condiciones en las que lo hace.

A manera de ejemplo, sacado de la vida diaria, tratemos de establecer el número de normas jurídicas (y me refiero solo a las reglas jurídicas para no extender demasiado el análisis) que condicionan un simple acto como el envío de una carta. La compra de estampillas es un negocio jurídico, más precisamente un contrato de compraventa, regulado detalladamente por nuestro Código Civil, del cual se derivan obligaciones y por lo tanto límites muy precisos para la conducta (el comprador, por ejemplo, está obligado a dar el precio justo y el vendedor a dar una mercancía en buenas condiciones). ¿Qué estampilla debo pegar al sobre? El tipo de estampilla está ordenado por una reglamentación de tarifas postales igualmente minuciosa puesto que depende no solo del tipo de misiva, sino también de su tamaño, de su peso, o de las mayores o menores garantías que quiero tener de su llegada al destinatario. ¿Cómo debo pegar la estampilla? ¿Puedo hacerlo como quiera? En nuestro ordenamiento no hay límites al respecto (y por lo tanto es una acción permitida o por lo menos sometida, no a una orden, sino a un consejo); pero no se puede excluir que en el futuro esa acción sea regulada jurídicamente, con el resultado de que el comportamiento contrario a la regla traiga consecuencias desagradables, como sería que la carta no llegue a su destino o también una multa. Desde el momento en que haya aplicado la estampilla adecuada surge una nueva relación, nada menos que entre la administración pública y yo, y de esta relación nacen obligaciones, que no es del caso precisar si son perfectas o imperfectas, en cuáles casos perfectas y en cuáles no, para que la carta llegue a su destino. El trayecto de la carta, desde el momento en que parte hasta cuando llega es fuente de innumerables obligaciones por parte de todos aquellos que están comprometidos en él, esto es, empleados postales y ferroviarios al servicio del correo, carteros, etc. Finalmente, como si no fuera suficiente, escribir una carta compromete también a la Constitución. En efecto, qué significa el artículo 15 que dice: "La libertad y el secreto de la correspondencia y de toda otra forma de comunicación son inviolables"*. La norma quiere decir que al expedir una carta surge para mí un derecho público subjetivo para que esta, por ejemplo, no sea abierta por las autoridades de policía. ¿Es, por lo tanto, una limitación obligatoria para el comportamiento de los órganos estatales?

3. ¿El derecho es una institución?

Aunque de lo dicho hasta aquí pueda parecer que el elemento característico de la experiencia jurídica es el fenómeno de la normativi-

* N. T. Ver el art. 15 inciso 2° de la Constitución colombiana de 1991, que hace referencia a la inviolabilidad de la correspondencia.

dad, y que, por lo tanto, es legítimo el punto de vista normativo del cual hemos partido, no podemos dejar pasar por alto que hay teorías diferentes de la normativa, que consideran como elementos característicos de la experiencia jurídica hechos diferentes de las reglas de conducta. Hay, según mi concepto, por lo menos dos teorías diferentes de la normativa: la teoría del derecho como *institución* y la teoría del derecho como *relación*. Antes de seguir adelante debemos examinar estas dos teorías, con el fin de juzgar su grado de validez.

La teoría del derecho como institución ha sido elaborada, al menos en Italia (dejo de lado lo que se considera el acostumbrado antecedente francés, es decir la doctrina de HAURIOU) por SANTI ROMANO en un libro muy importante: *L'ordinamento giuridico* (1ª edición, 1917, 2ª edición, revisada y aumentada, 1945). El punto polémico para ROMANO es precisamente la teoría normativa del derecho. Desde las primeras páginas se lamenta de las deficiencias y de los errores de la teoría normativa del derecho, en la forma aceptada por la mayoría de los juristas, y contrapone a la concepción del derecho como norma, la concepción del derecho como institución. Lo que ROMANO entiende por institución se desprende del núm. 10 que cito en sus apartes más importantes:

El concepto de derecho debe, en nuestra opinión, contener los siguientes elementos esenciales:

a) Ante todo debe comprender el concepto de sociedad. Esto en dos sentidos recíprocos que se completan mutuamente: lo que no sale de la esfera puramente individual, lo que no supera la vida del particular como tal, no es derecho (*ubi ius ibi societas*) y, además, no hay sociedad en el sentido exacto de la palabra sin que en ella se manifieste el fenómeno jurídico (*ubi societas ibi ius*)...

b) El concepto de derecho debe, en segundo lugar, contener la idea de orden social: lo que sirve para excluir todo elemento que implique el arbitrio puro y simple o la fuerza material, es decir, no ordenada...

Toda manifestación social, por el solo hecho de serlo, está ordenada por lo menos con relación a los asociados...

c) El orden social que establece el derecho no es el dado por la existencia, originada en cualquier forma, de normas que regulan las relaciones sociales. Antes bien, dicho orden no excluye tales normas, sino que las utiliza y las comprende en su órbita, pero al mismo tiempo las aventaja y supera. Esto quiere decir que, antes de ser norma, antes de referirse a una simple relación o a una serie de relaciones sociales,

es organización, es estructura, es situación de la misma sociedad en la que se manifiesta y a la que constituye como unidad, como ente autónomo.

De lo anterior se infiere que para ROMANO los elementos constitutivos del concepto de derecho son tres: la *sociedad*, como base de hecho de donde deriva su existencia el derecho; el *orden*, como fin al cual tiende el derecho y la *organización*, como medio para realizar el orden. Se puede decir, en síntesis, que según ROMANO existe derecho cuando hay una *organización de una sociedad ordenada*, o también, con palabras análogas, una *sociedad ordenada por medio de una organización* o un *orden social organizado*. Esta sociedad organizada y ordenada es lo que ROMANO llama *institución*. De los tres elementos constitutivos, el más importante y decisivo es ciertamente el tercero, la organización: los dos primeros son necesarios, pero no suficientes. Solo el tercero es la razón suficiente del derecho, la razón por la cual el derecho es lo que es y sin la cual no sería lo que es. Esto significa que el derecho nace en el momento en que un grupo social pasa de una fase inorgánica a una fase orgánica, de la fase de grupo inorgánico o inorganizado a la fase de grupo organizado. Por ejemplo, una clase social es en verdad una forma de grupo humano, pero al carecer de una organización propia no produce un derecho propio, no es una institución. Una asociación para delinquir, en cambio, en cuanto se manifiesta en una organización y crea su propio derecho (el derecho de la sociedad para delinquir), es una institución. El fenómeno del paso de la fase inorgánica a la fase orgánica se llama también *institucionalización*. Se dice que un grupo social se institucionaliza cuando crea su propia organización, y por medio de ella llega a ser, según ROMANO, un ordenamiento jurídico. Con esto se revela, además, una incongruencia, aunque marginal, en la doctrina de ROMANO: si es cierto que la organización es elemento constitutivo primario de la sociedad jurídica, y si también es cierto que hay sociedades no organizadas, se puede aceptar la máxima *ubi ius ibi societas*, pero no se puede aceptar la máxima inversa, que ROMANO también acoge, *ubi societas ibi ius*. En otras palabras: se puede admitir que el derecho presupone la sociedad, o que es el producto de la vida social; pero no se puede admitir que toda sociedad sea jurídica.

4. PLURALISMO JURÍDICO

A la teoría institucionalista hay que reconocerle el mérito de haber ampliado el horizonte de la experiencia jurídica más allá de las fronteras del Estado. Haciendo del derecho un fenómeno social y considerando

el fenómeno de la organización como criterio fundamental para distinguir una sociedad jurídica de una sociedad no jurídica, la teoría de la institución rompió el círculo cerrado de la teoría estatalista del derecho, que considera derecho solamente al estatal, que identifica el ámbito del derecho con el ámbito del Estado. Por más que pueda parecer escandaloso al jurista, que, limitando sus propias observaciones y su estudio al ordenamiento jurídico estatal, se ve obligado a afirmar que no hay otro derecho diferente del estatal, para la teoría institucionalista también una asociación para delinquir en cuanto sea organizada con el fin de establecer el orden entre sus adherentes, es un ordenamiento jurídico. Por lo demás, ¿históricamente no han existido Estados que puedan compararse, por la violencia y el fraude con que han actuado frente a sus ciudadanos y a los demás Estados, con asociaciones para delinquir? ¿No llamaba San Agustín a los Estados *magna latrocinia*? ¿Y acaso eran por esto menos Estados, es decir, menos ordenamientos jurídicos que los Estados modernos que por casualidad fueron dirigidos según la justicia?

La teoría estatalista del derecho es el producto histórico de la formación de los grandes Estados que surgieron de la disolución de la sociedad medieval. Esta sociedad fue una sociedad pluralista, es decir, formada por varios ordenamientos jurídicos, que se oponían o que se integraban: por encima de los que hoy son los Estados nacionales había ordenamientos jurídicos universales como la Iglesia y el Imperio, y había ordenamientos particulares por debajo de la sociedad nacional, como los feudos, las corporaciones y los municipios. También la familia, considerada en la tradición del pensamiento cristiano como una sociedad natural, era en sí misma un ordenamiento. El Estado moderno se fue formando a través de la eliminación y la absorción de los ordenamientos jurídicos superiores e inferiores por la sociedad nacional, por medio de un proceso que se podría llamar de *monopolización de la producción jurídica*. Si por *poder* entendemos la capacidad que tienen ciertos grupos sociales para promulgar normas de conducta válidas para todos los miembros de la comunidad, y de hacerlas respetar aun con el recurso de la fuerza (el llamado *poder coactivo*), la formación del Estado moderno corre paralela a la formación de un poder coactivo cada vez más centralizado y, por lo tanto, a la supresión gradual de los centros de poder inferiores y superiores al Estado, lo que tuvo como consecuencia la eliminación de todo centro de producción jurídica que no fuera el mismo Estado. La tendencia a identificar el derecho con el derecho estatal, que hoy todavía existe, es la consecuencia histórica del proceso de concentración del poder normativo y coactivo que caracterizó el surgimiento del Estado nacional moderno. La elaboración

teórica más depurada de este proceso es la filosofía del derecho de HEGEL, en la cual el Estado es considerado como el dios terrenal, es decir, como el sujeto último de la Historia, que no reconoce ningún otro sujeto ni por encima ni por debajo de él, y al cual los individuos y grupos deben obediencia incondicional.

La doctrina de la institución representa una reacción contra el estatalismo y es uno de los tantos medios con los cuales los teóricos del derecho y de la política han tratado de oponerse a la expansión del estatalismo. La doctrina nace, ya de las revaluaciones de las teorías jurídicas de la tradición cristiana, como en el caso de GEORGES RENARD (ver la *Théorie de l'institution*, 1930), ya de la influencia de las corrientes socialistas libertarias (PROUDHON), o anárquicas, o sindicalistas como en el caso de GEORGES GURVITCH (ver *L'idée du droit social* y la *Dichiarazione dei diritti sociali*, 1949) y se convierte en teoría del derecho, en Francia, con MAURICE HAURIOU, y en Italia con SANTI ROMANO. Fue acogida y universalizada en Italia, por GUIDO FASSÒ, quien, considerando como institución también la relación jurídica entre dos personas, hace de ella la categoría primaria de la experiencia jurídica (ver la *Storia come esperienza giuridica*, 1953). Encontró fecunda aplicación en el estudio de ordenamientos particulares o de situaciones concretas por parte de un filósofo del derecho, CESARINI-SFORZA, quien estudia el derecho de los particulares, es decir el ámbito de la llamada "autonomía privada", como un ordenamiento jurídico diferente del ordenamiento estatal (*Il diritto dei privati*, en "Riv. it. sc. giur., 1929, págs. 43-125); por parte de historiadores del derecho, como GIUSEPPE GROSSO, que se vale del concepto de institución y de la teoría de la pluralidad de ordenamientos jurídicos para una comprensión más adecuada del derecho romano (ver *I problemi generali del diritto attraverso il diritto romano*, Giappichelli, 1948, págs. 3 y ss.); y más recientemente, por parte de un civilista, SALVATORE ROMANO, quien, continuando el estudio de CESARINI-SFORZA reestudia completamente el problema del derecho privado a la luz de la teoría de la pluralidad de ordenamientos jurídicos (*Ordinamenti giuridici privati*, en "Riv. trim. dir. pubb.", 1955, págs. 249-331). Una aplicación al caso específico de las relaciones entre ordenamiento caballeresco y ordenamiento estatal fue hecha con incomparable mérito por PIERO CALAMANDREI (ver el ensayo "Regole Cavalleresche e processo", en *Studi sul processo civile*, t. III, 1929, págs. 155-170).

5. OBSERVACIONES CRÍTICAS

Toda teoría puede ser considerada desde el punto de vista de su significado ideológico o desde el punto de vista de su valor científico.

Como ideología una teoría tiende a afirmar ciertos valores ideales y a promover ciertas acciones. Como doctrina científica, su fin no es otro que el de comprender una cierta realidad y explicarla. Aquí no discutimos la teoría de la institución como ideología, y, por lo tanto, no nos proponemos juzgar si es bueno o malo, útil o nocivo, oportuno o inoportuno, afirmar que el Estado no es el único centro productor de normas jurídicas, ni cuáles sean las consecuencias prácticas de esta afirmación. Examinamos la teoría de la institución como teoría científica, es decir, como una teoría que se propone ofrecer medios para comprender el fenómeno jurídico, diversos y mejores de los ofrecidos por la teoría normativa. Digamos solamente con relación a la ampliación de los horizontes del jurista más allá de los límites del Estado, que el problema en el cual se insiste en la polémica entre pluralistas y monistas, de si es derecho solo el producido por el Estado o también el producido por los grupos sociales diferentes del Estado, es un problema principalmente semántico. Las definiciones de términos científicos son convencionales (los lógicos hablan de *definiciones estipulativas*), lo que significa que nadie tiene el monopolio de la palabra "derecho" que puede ser usada en sentido muy amplio o muy estricto según las oportunidades cuyo único juez es el mismo científico. Quien afirma que es derecho solo el derecho estatal, emplea la palabra "derecho" en sentido restringido. Quien sostiene, siguiendo a los institucionalistas, que es derecho también el de una asociación para delinquir, usa el término en sentido más amplio.

Pero no hay una definición verdadera y una falsa, sino, cuando más solo una definición más o menos oportuna. Reducida la cuestión a estos términos, si debiera dar mi opinión, diría que me parece más oportuna la definición amplia, es decir, la propuesta por los institucionalistas, porque, limitando el significado de la palabra "derecho" a las normas de conducta dictadas por el poder estatal, se va contra el uso lingüístico general que llama derecho también al derecho internacional y al de la Iglesia, y se puede crear cierta confusión.

En lo que concierne al valor científico de la teoría de la institución, esto es, si la consideración del derecho como institución sirve para sustituir la teoría normativa en la comprensión y explicación del fenómeno jurídico, propongo las siguientes dos observaciones críticas:

a) Ante todo, la teoría de la institución, al creer que combate la teoría normativa demoliendo la teoría estatalista del derecho, crea así un falso objetivo. La teoría normativa de ninguna manera coincide por principio con la teoría estatalista, aunque sí *de hecho*: muchos juristas estatalistas son normativistas, y viceversa. La teoría normativa se limita a sostener que el fenómeno originario de la experiencia jurídica es la

regla de conducta, mientras que la teoría estatalista, además de afirmar que el derecho es un conjunto de reglas, afirma que estas reglas tienen características particulares (por ejemplo, ser coactivas), y, como tales, se diferencian de cualquier otro tipo de reglas de conducta. La teoría estatalista es una teoría normativa restringida y, por lo tanto, no existe razón alguna para considerar la teoría normativa en sí como menos amplia que la teoría institucional. No existe, en suma, ninguna razón que induzca a descartar que también la teoría normativa pueda ser compatible con el pluralismo jurídico, comoquiera que no hay ningún motivo para restringir la palabra "norma", en el sentido usado por la teoría normativa, solo a las normas estatales.

b) ROMANO escribió que "antes que ser norma" el derecho es "organización". Ahora bien, esta afirmación es discutible. ¿Qué significa organización?. Significa distribución de funciones de manera tal que cada miembro del grupo participe, según sus capacidades y competencias, en el logro del fin común, pero esta distribución de tareas no se puede cumplir sino por medio de normas de conducta. Y entonces no es cierto que la organización se dé antes que las normas, sino que más bien es cierto lo contrario, es decir, que las normas son anteriores a la organización. Una sociedad organizada, una institución, está constituida por un grupo de individuos que regulan su actividad con el fin de obtener un fin común, esto es, un fin que no podría lograrse individualmente. La institución nace allí donde aparece y adquiere forma una cierta regulación de las conductas individuales, precisamente orientadas a un fin común.

Pero una disciplina es el resultado de una reglamentación, esto es, de un conjunto de normas de conducta. Precisamente para que se pueda desarrollar el proceso de institucionalización que transforma un grupo inorgánico en un grupo organizado, es decir en un ordenamiento jurídico, se requieren tres cosas:

1. Que se determinen los fines propios de la institución.

2. Que se establezcan los "medios", o por lo menos los medios principales, que se consideren necesarios para lograr aquellos fines.

3. Que se distribuyan las funciones específicas de los individuos que componen el grupo para que cada uno colabore, a través de los medios previstos, para el logro del fin.

Ahora bien, es claro que ya sea la determinación de los fines, ya sea la determinación de los medios y de las funciones, ello no puede ocurrir sino por medio de reglas, sean escritas o no escritas, plasmadas solemnemente en un estatuto (o constitución) o aprobadas tácitamente por los miembros del grupo, en un estatuto (o constitución) o aprobadas tácitamente por los miembros del grupo. Lo anterior quiere decir que

el proceso de institucionalización y el proceso de producción de reglas de conducta no pueden ir separados; por lo tanto, dondequiera que hallemos un grupo organizado estamos seguros de encontrar también un sistema de normas de conducta que dan vida a la organización, o, en otras palabras, que si institución equivale a ordenamiento jurídico, ordenamiento jurídico equivale a sistema de normas. Pero entonces la teoría de la institución no excluye, sino que por el contrario *incluye* la teoría normativa del derecho que no sale vencida de la polémica, sino, tal vez, reforzada.

Lo confirmamos en un ensayo de M. S. GIANNINI, *Sulla pluralità degli ordinamenti giuridici* (1950), quien, reafirma la equivalencia de las dos expresiones "grupo organizado" y "ordenamiento jurídico", se cuida de distinguir entre el fenómeno de la *normación* (es decir de la producción de normas) y el de la *organización*. Observa que puede haber normación sin organización: por ejemplo, la clase social, aun sin ser un grupo organizado, produce reglas de conducta (normas sociales) para sus componentes; *pero no puede haber organización sin normación*. En otras palabras, si bien es cierto que la producción de normas, de cualquier clase que sean, no es suficiente para crear una institución, es también cierto que una institución no puede ser creada sin una producción de reglas. Por lo tanto, es siempre la producción de reglas el fenómeno originario, aunque no exclusivo, para la constitución de una institución.

Lo que hemos dicho hasta aquí para defender la teoría normativa, ¿significa tal vez que deseamos rechazar completamente la teoría de la institución? Seguramente que no. Para nosotros, la teoría de la institución ha tenido el gran mérito, aun prescindiendo de su significado ideológico, que no queremos discutir, de poner en relieve el hecho de que solo se puede hablar de derecho cuando hay un sistema de normas que forman un ordenamiento, y que, por lo tanto, el derecho no es norma, sino conjunto coordinado de normas. En suma, que una norma jurídica no se encuentra nunca sola, sino ligada a otras, formando un sistema normativo. Gracias también a la teoría de la institución, la teoría general del derecho se ha venido transformando cada vez más de teoría de las normas jurídicas en teoría del ordenamiento jurídico, y los problemas que han venido presentándose a los teóricos del derecho cada vez están más relacionados con la formación, la coordinación y la integración de un sistema normativo.

6. ¿EL DERECHO ES RELACIÓN INTERSUBJETIVA?

Es doctrina antiquísima y periódicamente recurrente, al contrario de la teoría institucional, la que considera como elemento característico de la

experiencia jurídica la relación intersubjetiva. Si la examinamos bien, esta teoría nace de la misma idea fundamental que dio vida a la teoría de la institución, esto es, de la idea de que el derecho es un fenómeno social que tiene sus origenes en la sociedad. Hay que notar que la teoría de la institución surgió como crítica no solo de la teoría normativa, como lo hemos demostrado, sino también de la teoría de la relación intersubjetiva. Según los autores del institucionalismo (sobre todo los franceses) una pura y simple relación entre dos sujetos no puede constituir derecho; para que surja el derecho es necesario que esta relación se inserte en una serie más vasta y compleja de relaciones que constituyen, precisamente, la institución. Dos personas aisladas que se encuentran solo para establecer entre sí la reglamentación de algunos de sus intereses, no son suficientes para dar vida al derecho; el derecho nacerá solo cuando esta reglamentación llegue a ser estable, y dará origen a una organización permanente de la actividad de los individuos.

Los institucionalistas rechazan por lo general la doctrina de la relación, porque consideran que se inspira en una concepción individualista del derecho, como también en las concepciones imperantes en el iusnaturalismo de los siglos XVII y XVIII, según las cuales el derecho era producto de la voluntad de los particulares, considerados cada uno, como una mónada separada de las demás mónadas, y que, en realidad había elevado a categoría jurídica suprema el acuerdo de dos o más voluntades individuales, esto es, el contrato, hasta el punto de hacer surgir la sociedad por excelencia, o sea el Estado, mediante el acuerdo de las voluntades de cada uno de los individuos, que se llamó contrato social. Por el contrario, la doctrina institucionalista se inspira en la más modernas corrientes sociológicas, quehan tildado de autopismo y de racoinalismo abstracto el individualismo iusnaturalista, y ue afirma la realidad del grupo social como algo distinto de los individuos particulares que la componen y que, partiendo de este presupuesto, consideran el derecho como un producto, no del individuo ni de los individuos, sino de la sociedad en su conjunto.

Como comprobación de lo que afirman los institucionalistas, esto es, que la teoría de la relación tiene sus raices en el individualismo abstracto de los iluministas, se puede citar el hecho de que el más ilustre y consecuente de los representantes de iluminismo jurídico, EMMANUEL KANT, expone, en su *Doctrina del derecho* (1797), una clara teoría del derecho como relación jurídica.

KANT, luego de haber dado su célebre definición del derecho como "el conjunto de condiciones, por medio de las cuales el arbitrio de un puede ponerse de acuerdo con el arbitrio de otro según una ley universal de libertad" (*Metafisica dei costumi*, trad. italiana, Torino, UTET, 1956,

pág. 407) reflexiona sobre los elementos constitutivos del concepto de derecho y describe así el primer elemento: "El concepto de derecho entendido como una obligación correspondiente... tiene que ver en *primer lugar* únicamente con la relación externa y precisamente práctica de una persona con otra, en cuanto sus acciones pueden tener (mediata o inmediatamente), como hechos, influencia recíproca" (*op. cit.*), pág. 406).

En cuanto al segundo requisito, KANT afirma que esta relación entre dos sujetos, para que sea una relación jurídica, debe ser una relación entre dos arbitrios, y no el arbitrio del uno y el simple deseo del otro. Lo que preocupa sobre todo a KANT, al definir el derecho como una relación entre dos sujetos, es rechazar la tesis de que el derecho pueda ser también una relación entre un sujeto y una cosa. Para KANT hay cuatro tipos posibles de relación de un sujeto con otros: 1) La relación de un sujeto que tiene derechos y deberes con un sujeto que tiene solo derechos y ningún deber (Dios); 2) La relación de un sujeto que tiene derechos y deberes con un sujeto que tiene solo deberes y ningún derecho (el esclavo); 3) La relación de un sujeto que tiene derechos y deberes con un sujeto que no tiene ni derechos ni deberes (el animal, las cosas inanimadas); 4) La relación de un sujeto que tiene derechos y deberes con un sujeto que también tiene derechos y deberes (el hombre). De estas cuatro relaciones solo la última es una relación jurídica.

Una segunda comprobación la ofrece la doctrina del más conocido y autorizado representante de la corriente neo-kantiana de la filosofía contemporánea del derecho en Italia, GIORGIO DEL VECCHIO, para quien el mismo principio ético se puede traducir en un doble orden de valoraciones: 1) en relación con el mismo sujeto que realiza la acción (quien puede escoger la acción debida o rechazar la prohibida); 2) en relación con los sujetos a los cuales se dirige la acción (quienes pueden escoger entre dejarme realizar la acción o impedírmelo).

El primer orden de valoración constituye la valoración moral; el segundo, la valoración jurídica. De quien se derivan la subjetividad de la acción moral y la intersubjetividad de la acción jurídica, la unilateralidad de la norma moral y la bilateralidad de la norma jurídica. En conclusión, surge la definición del derecho como coordinación objetiva del comportamiento, lo que implica el concepto del derecho (a diferencia de la moral) como un conjunto de relaciones entre sujetos, entre quienes si el uno tiene el poder de ejecutar determinada acción, el otro tiene el deber de no impedírselo.

7. ANÁLISIS DE UNA TEORÍA

La más reciente teoría del derecho como relación jurídica es la expuesta en la *Teoria generale del diritto* de ALESSANDRO LEVI (Padova

Cedam, 2ª ed., 1953). Se puede decir que LEVI ha hecho del concepto de relación jurídica el fundamento de su elaboración teórica. Desde el comienzo habla de la relación jurídica como del concepto "sobre el cual se basa la elaboración sistemática, o científica, de todo ordenamiento jurídico" (pág. 23). La relación jurídica ha sido definida muchas veces como el concepto fundamental del ordenamiento jurídico: "Este concepto de relación jurídica... no el concepto de deber, ni el de derecho subjetivo, y *ni siquiera el de norma*,... es el concepto fundamental, central, del ordenamiento jurídico" (pág. 26).

La característica central de este concepto se revela también en el hecho de que LEVI lo eleva a concepto filosófico, como si fuese una especie de categoría fundamental y originaria para la comprensión del derecho. Habla del concepto de relación jurídica como de aquel en que se concreta el "universal jurídico", o sea "el momento jurídico del espíritu humano" (pág. 27). Más precisamente: "No es un concepto meramente empírico o técnico, que represente una síntesis aproximada de datos extraídos inductivamente de la realidad considerada *a parte obiecti*, sino que constituye, en su más concreta esencia, el límite lógico de todo otro concepto técnico" (pág. 29). Por "relación jurídica" LEVI entiende, en el sentido tradicional de la palabra, una relación intersubjetiva, o mejor la relación entre dos sujetos, uno de los cuales es titular de un deber y el otro de un derecho. La función categorial de la intersubjetividad está dada por el hecho de que ella sirve al filósofo del derecho para distinguir el derecho de la moral (que es subjetiva) y de la economía (que pone en relación al hombre con las cosas). Así se expresa LEVI: "[La valoración jurídica] no valora el acto en relación con las cosas sobre las cuales se ejerce, o más apropiadamente, en relación con los bienes, materiales o inmateriales, con los cuales el sujeto tiende a satisfacer sus necesidades; y ni siquiera en relación con un ideal de vida, al cual el sujeto desee aproximarse, o, más particularmente, en relación con la divinidad, que se cree que escruta y juzga todo comportamiento del alma, sino más bien, y solamente, *en relación con los demás sujetos*, esto es, con sus comportamientos positivos o negativos, complementarios con el comportamiento del sujeto que se considera, en cuanto ellos tengan el derecho de pretender de él ese comportamiento determinado, o, en cambio, un deber complementario a su derecho, por lo menos la obligación de abstenerse de impedir ese comportamiento" (pág. 27).

No obstante el propósito varias veces declarado de elaborar una teoría general del derecho sobre el concepto de relación jurídica, no estamos seguros de que LEVI haya permanecido siempre fiel a su tesis. Para cumplirlo,

LEVI debería haber resuelto los problemas fundamentales de la teoría general del derecho recurriendo al concepto de relación jurídica. Pero esto no siempre ha sucedido así. Desde el principio nos ha llevado a sospecharlo el hecho de que LEVI considere la norma como la *fuente ideal* de la relación, y que afirme que no puede existir derecho por fuera del reconocimiento dado por el derecho subjetivo. Pero, entonces, no es cierto que la juridicidad de una relación es intrínseca a la relación, porque ella nace, en cambio, del hecho de que esta relación la regula una norma jurídica; y, por consiguiente, para responder a la pregunta "qué es el derecho", él se refiere, como cualquier seguidor de la teoría normativa, a la regla que define la relación y no a la relación regulada. Y la sospecha se agrava cuando, al tener que indicar las características esenciales de la relación jurídica (esto es, no de cualquier relación intersubjetiva, sino de una relación intersubjetiva específica) dice que estas características son la *protección*, la *sanción*, la *pretensión* y la *prestación* (pág. 30). Pero estas no son características de la relación intersubjetiva en sí misma considerada (una relación de amistad, por ejemplo, es intersubjetiva, sin que tenga esas características), sino que más bien se deducen del hecho de que esa relación está regulada por una norma que prevé una sanción en caso de rompimiento de la relación misma, en suma, de estar regulada por una norma jurídica. Nos preguntamos, entonces, si lo que constituye la relación como relación jurídica no es por casualidad la norma que la regula, y si en esta circunstancia la teoría de la relación jurídica no termina por desembocar, también ella, como la teoría de la institución, en la teoría normativa. Esto lo veremos mejor en el parágrafo siguiente.

8. Observaciones críticas

La principal razón por la cual pensamos que el considerar el derecho como relación intersubjetiva no elimina la consideración normativa, se puede formular de este modo. Como se ha visto, una relación jurídica es una relación entre dos sujetos, uno de los cuales, el sujeto activo, es titular de un derecho, y el otro, el sujeto pasivo, es titular de un deber o de una obligación. La relación jurídica es, en otras palabras, una relación derecho-deber. Entonces, ¿qué significa tener un derecho? Significa, como veremos más adelante, tener el poder de cumplir una determinada acción. Pero, ¿de dónde se deriva este poder? No puede derivar sino de una norma que al mismo tiempo que me atribuye este poder, atribuye a otro, y a todos los demás, el deber jurídico de no impedir mi acción. ¿Y qué significa tener un deber? Significa estar obligados a comportarnos de un cierto modo, ya sea que esta conducta consista en un hacer o

en un no-hacer. ¿De dónde se deriva este deber? No puede derivarse sino de una norma, que ordena o prohíbe. En esencia, el derecho no es sino el reflejo subjetivo de una norma que autoriza; el deber no es sino el reflejo subjetivo de una norma imperativa (positiva o negativa). La relación jurídica, como relación de derecho-deber remite siempre a dos reglas de conducta, de las cuales la primera atribuye un poder y la segunda un deber. Que luego, la práctica de estas dos normas sea suficiente enunciar una sola, comoquiera que la atribución de un derecho a un sujeto implica siempre una atribución de un deber a otros sujetos, y viceversa, no cambia en nada el problema sustancial, esto es, que derecho y deber son las figuras subjetivas en las cuales se refleja la presencia de una regla, y que, por lo tanto, la relación jurídica, que se distingue de cualquier otro tipo de relación por estar regulada por una norma jurídica.

La relación jurídica se caracteriza, no por la materia que constituye su objeto, sino por el modo como los sujetos se comportan mutuamente. Lo anterior se puede expresar también de esta manera: lo que caracteriza la relación jurídica no es el *contenido* sino la *forma*, y esto significa que no se puede determinar si una relación es jurídica con base en los intereses que están en juego, sino por el hecho de estar regulada o no por una norma jurídica. El problema de la caracterización del derecho no se presenta sino en cuanto permanecemos en el plano de la relación; solo lo encontramos en el plano de las normas que regulan la relación. En otras palabras: dada una relación de interdependencia entre relación jurídica y norma jurídica, no diremos que una norma es jurídica porque regula una relación jurídica, sino que una relación es jurídica porque es regulada por una norma jurídica. No existe en el mundo de las relaciones humanas una relación que sea por sí misma, esto es, *ratione materiae*, jurídica, pues hay relaciones económicas, sociales, morales, culturales, religiosas, y también las hay de amistad, de indiferencia, de enemistad, de coordinación, de subordinación, de integración. Pero ninguna de esas relaciones es *naturaliter* jurídica. Relación jurídica es aquella que, cualquiera que sea su contenido, es tomada en consideración por una norma jurídica integrada en un ordenamiento jurídico, y calificada por una o varias normas que pertenecen a un ordenamiento jurídico.

Luego veremos mejor qué consecuencias tiene para una acción humana el que sea calificada por una norma jurídica. Por ahora es suficiente con haber puesto en evidencia que la norma jurídica, al calificar la relación, la transforma en relación jurídica, y no al contrario. Consiguientemente, si es cierto que ninguna relación es *naturaliter* jurídica, es también cierto que cualquier relación entre los hombres puede

llegar a ser jurídica solo cuando sea regulada por una norma que pertenece a un ordenamiento jurídico. Los juristas dicen que una relación, hasta tanto no sea tomada en consideración por el derecho, es una *relación de hecho*. La admisión por parte del ordenamiento jurídico —que se realiza atribuyendo a uno de los dos sujetos una obligación y al otro un deber— transforma la relación de hecho en relación jurídica. La relación entre un vendedor y un comprador es una relación económica, pero la hace jurídica el hecho de que el ordenamiento jurídico atribuya derechos y deberes a los sujetos de la relación. La relación de fidelidad entre cónyuges es ante todo una relación de carácter ético; se vuelve jurídica cuando el ordenamiento transforma esta relación moral en relación generadora de derechos y de obligaciones jurídicamente relevantes.

Como conclusión de estas consideraciones podemos decir que tanto la teoría de la institución como la teoría de la relación no excluyen sino que comprenden la teoría normativa. Lo que equivale a decir que la teoría normativa es válida no obstante las teorías de la institución y de la relación, y antes bien constituye el presupuesto de validez de las dos.

Se puede agregar aun esta otra consideración: las tres teorías no se excluyen mutuamente, y por lo tanto es estéril toda batalla doctrinal por hacer triunfar una u otra. Diré más bien que estas tres teorías se integran útilmente entre sí. Cada una de ellas pone de relieve un aspecto de la multiforme experiencia jurídica: la teoría de la relación, el *aspecto de la intersubjetividad*; la de la institución, el aspecto de la *organización social*; la normativa, el aspecto de la *regulación*. En efecto, la experiencia jurídica nos coloca frente a un mundo de *relaciones* entre sujetos humanos *organizados* establemente en sociedad mediante el uso de *reglas* de conducta. Como fundamento de los tres aspectos complementarios, queda el aspecto normativo. La intersubjetividad y la organización son condiciones *necesarias* para la formación de un orden jurídico; el aspecto normativo es la condición *necesaria* y *suficiente*.

Capítulo II

JUSTICIA, VALIDEZ Y EFICACIA

9. Tres criterios de valoración

El estudio de las normas de conducta, particularmente de las normas jurídicas, presenta muchos problemas interesantes, de gran actualidad, no solo para la teoría general del derecho (sobre todo después de KELSEN) sino también para la lógica y para la filosofía contemporáneas. En lo que sigue examinaremos algunos de estos problemas.

A mi juicio, si se quiere establecer una teoría de la norma jurídica sobre bases sólidas, lo primero que hay que tener bien claro es si toda norma jurídica puede ser sometida a tres distintas valoraciones, y si estas valoraciones son independientes entre sí. En efecto, frente a cualquier norma jurídica podemos plantearnos un triple orden de problemas: 1) si es *justa* o *injusta*; 2) si es *válida* o *inválida*; 3) si es *eficaz* o *ineficaz*. Se trata de tres diferentes problemas: de la *justicia*, de la *validez* y de la *eficacia* de una norma jurídica.

El problema de la justicia es el problema de la correspondencia o no de la norma a los valores superiores o finales que inspiran un determinado orden jurídico. No tocamos por ahora el problema de si existe un ideal del bien común, idéntico en todo tiempo y lugar. Nos basta hacer constar que todo ordenamiento jurídico persigue algunos fines, y aceptar que estos fines representan los valores para cuya realización el legislador, más o menos conscientemente, más o menos adecuadamente, dirige su propia actividad. Cuando se considera que hay valores supremos, objetivamente evidentes, preguntarse si una norma es justa o injusta equivale a preguntarse si es apta o no para realizar esos valores. Pero también en el caso de quien no crea en valores absolutos, el problema de la justicia o injusticia de una norma tiene un sentido: equivale a preguntarse si esa norma es apta o no para realizar los valores históricos que inspiran ese ordenamiento jurídico, concreta e históricamente determinado. El problema de si una norma es o no justa

es un aspecto de la oposición entre mundo ideal y mundo real, entre lo que debe ser y lo que es: norma justa es lo que debe ser; norma injusta es lo que no debería ser. Plantear el problema de la justicia o injusticia de una norma equivale a plantear el problema de la correspondencia entre lo que es real y lo que es ideal. Por eso el problema de la justica se conoce comúnmente como el problema *deontológico* del derecho.

El problema de la *validez* es el problema de la existencia de la regla en cuanto tal, independientemente del juicio de valor sobre si ella es justa o no. Mientras el problema de la justicia se resuelve con un juicio de valor, el problema de la validez se resuelve con un juicio de existencia o de hecho; esto es, se trata de comprobar si una regla jurídica existe o no, o mejor si aquella determinada regla, así como es, es una regla jurídica. Validez jurídica de una norma equivale a existencia de esa norma como norma jurídica. Mientras que para juzgar la justicia de una norma es necesario medirla según un valor ideal, para juzgar su validez se requiere realizar investigaciones de carácter empírico-racional, investigaciones que se hacen cuando se trata de establecer la entidad y el alcance de un resultado. Particularmente, para decidir si una norma es válida (esto es, si existe como regla jurídica que pertenece a determinado sistema) con frecuencia es necesario realizar tres operaciones:

1. Determinar si la autoridad que la promulgó tenía el *poder legítimo para expedir normas jurídicas*, es decir normas vinculantes en ese determinado ordenamiento jurídico (esta investigación conduce inevitablemente a remontarse a la norma fundamental, que es la base de la validez de todas las normas de determinado sistema).

2. Comprobar si no ha sido derogada, comoquiera que una norma puede *haber sido* válida, en el sentido de haber sido promulgada por un poder autorizado para hacerlo, pero esto no quiere decir *que lo sea todavía*, lo que sucede cuando una norma posterior en el tiempo la ha derogado expresamente o ha regulado la misma materia.

3. Comprobar que no sea *incompatible* con otras normas del sistema (lo que también se llama *derogación implícita*), particularmente con una norma jerárquicamente superior (una norma constitucional es superior a una ley ordinaria en una constitución rígida) o con una norma posterior, comoquiera que en todo ordenamiento jurídico rige el principio de que dos normas incompatibles no pueden ser válidas a un mismo tiempo (así como en un sistema científico dos proposiciones contradictorias no pueden ser ambas válidas). El problema de la validez jurídica presupone que se haya dado respuesta a la pregunta: ¿qué se entiende por derecho? Se trata, queriendo adoptar una terminología familiar entre los filósofos del derecho, del problema *ontológico* del derecho.

El problema de la *eficacia* de una norma es el problema de si la norma es o no cumplida por las personas a quienes se dirige (los llamados destinatarios de la norma jurídica) y, en el caso de ser violada, que se la haga valer con medios coercitivos por la autoridad que la ha impuesto. Que una norma exista en cuanto norma jurídica, no significa que también sea constantemente cumplida. No es nuestro objetivo investigar ahora cuáles pueden ser las razones para que una norma sea más o menos cumplida. Nos limitamos a hacer constar que hay normas que son cumplidas universalmente de manera espontánea (y son las más eficaces); que otras se cumplen por lo general solo cuando van acompañadas de coacción; que otras no se cumplen a pesar de la coacción, y las hay que se violan sin que ni siquiera se aplique la coacción (y son las más ineficaces). La investigación para determinar la eficacia o ineficacia de una norma es de carácter histórico-social, y mientras se orienta al estudio del comportamiento de los miembros de un determinado grupo social, diferenciándose tanto de la investigación de carácter filosófico sobre la justicia de la norma, como de la más típicamente jurídica acerca de su validez. También aquí, para usar la terminología docta, aunque en un sentido diferente del acostumbrado, se puede decir que el problema de la eficacia de las reglas jurídicas es el problema *fenomenológico* del derecho.

10. Los tres criterios son independientes

Estos tres criterios de valoración de una norma dan origen a tres clases distintas de problemas, independientes entre sí, en el sentido de que la justicia no depende ni de la validez ni de la eficacia; la validez no depende ni de la eficacia ni de la justicia, y la eficacia no depende ni de la justicia ni de la validez. Para explicar estas diversas relaciones de independencia, formulamos las siguientes seis proposiciones:

1. *Una norma puede ser justa sin ser válida*. Para dar un ejemplo clásico, los teóricos del derecho natural formulaban en sus tratados un sistema de normas sacadas de principios jurídicos universales. Quien formulaba estas normas, las consideraba justas porque las reputaba coherentes con principios universales de justicia. Pero estas normas, mientras quedaran solamente escritas en un tratado de derecho natural, no eran válidas. Adquirían validez solo en la medida en que fueran acogidas en un sistema de derecho positivo. El derecho natural puede ser considerado el derecho justo por excelencia; pero por el solo hecho de ser justo, no es también válido.

2. *Una norma puede ser válida sin ser justa*. En este punto no es necesario ir tan lejos para encontrar ejemplos. Ningún ordenamiento

jurídico es perfecto, pues entre el ideal de justicia y la realidad del derecho hay siempre un vacío más o menos grande según los regímenes. En verdad el derecho que, en todos los regímenes de cierto período histórico y en algunos regímenes que hoy consideramos de civilización atrasada, admitía la esclavitud, no era justo, pero no por esto menos válido. Hasta hace poco existieron normas racistas que ninguna persona racional puede considerar justas y, sin embargo, eran válidas. Un socialista difícilmente considera justo un ordenamiento que reconoce y protege la propiedad privada; así como un reaccionario difícilmente reconocerá como justa una norma que considera lícita la huelga y, sin embargo, ni el socialista ni el reaccionario dudarán del hecho de que en un ordenamiento positivo como el italiano, tanto las normas que regulan la propiedad privada como las que reconocen el derecho de huelga son válidas.

3. *Una norma puede ser válida sin ser eficaz*. El caso de las leyes sobre la prohibición de bebidas alcohólicas en los Estados Unidos de norteamérica, que rigieron entre las dos guerras mundiales, se cita como el más sonado. Se dice que el consumo de bebidas alcohólicas durante el régimen de prohibición no fue inferior al consumo del período inmediatamente posterior, cuando se levantó la prohibición. Ciertamente se trataba de leyes "válidas", en cuanto emanaban de los órganos competentes para esta función, pero no eran eficaces. Sin ir muy lejos, muchos artículos de la Constitución italiana no han sido aplicados hasta hoy. ¿Qué significa la tan a menudo deplorada desaplicación de la Constitución? Significa que nos encontramos ante normas jurídicas que, aun siendo válidas, esto es, existentes como normas, no son eficaces.

4. *Una norma puede ser eficaz sin ser válida*. Hay muchas normas sociales que se cumplen espontánea o habitualmente, es decir que son eficaces, como por ejemplo las reglas de buena educación en algunos círculos sociales. Estas reglas, por el solo hecho de ser cumplidas, no llegan a pertenecer a un sistema jurídico, esto es, no adquieren validez jurídica. Se podría objetar que el derecho común constituye un evidente ejemplo de normas que adquieren validez jurídica, es decir, que llegan a ser parte de un sistema normativo, solo mediante su eficacia. ¿No es acaso la eficacia el uso constante, regular, uniforme que se exige a una costumbre para que se vuelva jurídica? Pero a esta objeción se puede responder que ninguna costumbre se vuelve jurídica por medio del uso, porque lo que la hace jurídica, lo que la incluye en un sistema, es el hecho de ser acogida y reconocida por los órganos competentes para producir normas jurídicas en ese sistema, como el legislador o

el juez. Mientras sea solamente eficaz, una norma consuetudinaria no se vuelve norma jurídica. Se vuelve jurídica cuando los órganos del poder le atribuyen validez. Lo que confirma que la eficacia no se transforma directamente en validez y, por lo tanto, una norma puede continuar siendo eficaz sin que por esto llegue a ser jurídica.

5. *Una norma puede ser justa sin ser eficaz.* Hemos visto que una norma puede ser justa sin ser válida. No debemos dudar en agregar que puede ser justa sin ser eficaz. Cuando la sabiduría popular dice que "no hay justicia en este mundo", se refiere al hecho de que aunque son muchos quienes teóricamente exaltan la justicia, pocos son quienes la practican. Por lo general, para que una norma sea eficaz debe ser también válida. Si es verdad que muchas normas de justicia no son válidas, con mayor razón tampoco son eficaces.

6. *Una norma puede ser eficaz sin ser justa.* El hecho de que una norma sea universalmente respetada no demuestra su justicia, del mismo modo que el hecho de no ser respetada no es prueba de su injusticia. La derivación de la justicia de la eficacia se podría equiparar a uno de los argumentos que de ordinario se esgrimía entre los iusnaturalistas, al llamado argumento del *consensus humani generis*, o más simplemente, del *consensus omnium*. Se preguntaban los iusnaturalistas si se puede considerar máxima de derecho natural aquella que sea aceptada por todos los pueblos (algunos decían "por todos los pueblos civilizados"). La respuesta de los iusnaturalistas más intransigentes a lo sumo era negativa. Y con razón: el hecho de que la esclavitud, por ejemplo, fuese practicada por todos los pueblos civilizados en cierto período histórico, no transformaba la esclavitud en una institución conforme a la justicia. La justicia es independiente de la validez, pero también es independiente de la eficacia.

11. Posibles confusiones de los tres criterios

Cada uno de los tres criterios examinados hasta aquí señala un campo bien preciso de investigación para el filósofo del derecho. Se puede llegar inclusive a afirmar que los tres problemas fundamentales, de los cuales ha tratado tradicionalmente la filosofía del derecho, coinciden con las tres calificaciones normativas: la de la justicia, la de la validez y la de la eficacia. El problema de la justicia da lugar a todas aquellas investigaciones que tratan de explicar los valores supremos hacia los cuales tiende el derecho; en otras palabras, los fines sociales cuyo instrumento de realización más adecuado son los ordenamien-

tos jurídicos, con su conjunto de reglas y de instituciones. De aquí nace la filosofía del derecho como *teoría de la justicia*.

El problema de la validez constituye el núcleo de las investigaciones dirigidas a precisar en qué consiste el derecho como regla obligatoria y coactiva, cuáles son las características peculiares del ordenamiento jurídico que lo hacen diferente de otros ordenamientos normativos (como el moral), y por lo tanto no los fines que deben realizarse, sino los medios dispuestos para el logro de esos fines, o el derecho como instrumento para la realización de la justicia. De aquí nace la filosofía del derecho como teoría *general del derecho*.

El problema de la eficacia nos lleva al terreno de la aplicación de las normas jurídicas, o sea al terreno de los comportamientos efectivos de los hombres que viven en sociedad, de sus intereses opuestos, de las acciones y reacciones frente a la autoridad, y da lugar a las investigaciones en torno a la vida del derecho, en su nacimiento, en su desarrollo, en sus cambios, investigaciones que de ordinario están relacionadas con el análisis de carácter histórico y sociológico. De aquí nace el aspecto de la filosofía del derecho que lleva a la *sociología jurídica*.

Esta tripartición de problemas es hoy generalmente reconocida por los filósofos del derecho y corresponde en parte a la distinción de las tres funciones de la filosofía del derecho (la función deontológica, la ontológica y la fenomenológica) que se ha desarrollado desde comienzos de este siglo en la filosofía del derecho italiano, principalmente por obra de GIORGIO DEL VECCHIO. Para dar una prueba del consenso general sobre esta concepción tripartita de la experiencia jurídica, cito el testimonio de tres teóricos del derecho contemporáneo, pertenecientes a tres países y a tres diferentes tradiciones culturales. EDUARDO GARCÍA MÁYNEZ, profesor de la Universidad de México, seguidor del filósofo español ORTEGA Y GASSET y de su "perspectivismo", en un ensayo, *La definición del derecho. Ensayo de perspectivismo jurídico* (México, 1948), dice que por "derecho" se entienden generalmente tres cosas: *el derecho formalmente válido, el derecho intrínsecamente válido, el derecho positivo* o *eficaz*. Con la primera denominación se pretende aquellas reglas de conducta que "la autoridad política considera como vinculantes en determinado territorio o en determinada época"; con la segunda se quiere indicar el derecho justo, esto es, las reglamentaciones de las relaciones de coexistencia entre los hombres que más corresponden al ideal de justicia; y con la tercera se indica aquellas reglas de conducta que "determinan efectivamente la vida de una sociedad en determinado momento histórico".

No hay que hacer mucho esfuerzo para reconocer en estos tres modos de entender el derecho, la distinción entre validez, justicia y eficacia.

Como segundo testimonio citamos a JULIUS STONE, profesor de la Universidad de Sidney (Australia), alumno del más autorizado filósofo del derecho contemporáneo estadounidense, ROSCOE POUND. STONE, en su más sobresaliente obra *The Province and Function of Law as Logic. Justice and Social Control* (Sidney, 1946), afirma que el estudio del derecho, para que sea completo, consta de estas tres partes: 1) *jurisprudencia analítica*, que es lo que nosotros llamaríamos teoría general del derecho, o sea el estudio del derecho desde el punto de vista formal; 2) *jurisprudencia crítica o ética*, que comprende el estudio de los diferentes ideales de justicia, y, por lo tanto, del derecho ideal en sus relaciones con el derecho real, y que coincide con aquella parte de la filosofía del derecho que nosotros llamaríamos teoría de la justicia; 3) *jurisprudencia sociológica*, que estudia, según la expresión preferida por POUND, no el derecho en los textos (*law in books*) sino el derecho en acción (*law in action*), y que corresponde a la sociología jurídica, en cuanto estudia el derecho vivo en la sociedad.

El tercer testimonio lo tenemos en ALFRED VON VERDROSS, profesor de la Universidad de Viena, quien profesa el iusnaturalismo. En un artículo titulado *Zur Klärung des Rechtsbegriffes [Por la claridad del concepto de derecho*] de 1950, después de haber distinguido cuidadosamente entre el problema de la justicia y el de la validez, precisa que hay tres modos diversos de considerar el derecho, según se le examine en su valor ideal (que es la justicia), en su valor formal (que es la validez) y en su cumplimiento práctico (que es la eficacia), y se expresa así: "El sociólogo con sus medios puede comprender solo la eficacia del derecho; el teórico del derecho solo la forma del derecho y la conexión intrínseca de las normas positivas, mientras el filósofo moral (el teórico del derecho natural) se interesa solamente por la justicia ética de las normas jurídicas y por su obligatoriedad interna" (págs. 98 y 99).

Es claro que esta distinción de problemas no se debe concebir como una separación en compartimientos estancos. Quien desee comprender la experiencia jurídica en sus diversos aspectos, debe tener en cuenta que ella es esa parte de la experiencia humana cuyos elementos constitutivos son ideales de justicia por lograr, instituciones normativas por realizar, acciones y reacciones de los hombres frente a esos ideales y a estas instituciones. Los tres problemas son tres diversos aspectos de un solo problema central, el de la mejor organización de la vida de los hombres asociados. Si hemos insistido en la distinción e independencia de las tres valoraciones, es porque consideramos perjudicial su confusión, y principalmente porque consideramos inaceptables otras teorías que no hacen esta clara distinción, y que, por el contrario, tienden a reducir

alguno de estos tres aspectos a los otros dos, haciendo, lo que se llama con un feo neologismo, labor de "reduccionismo". Creo que se pueden distinguir tres teorías reduccionistas, a cuya crítica dedico los últimos tres parágrafos de este capítulo.

Hay una teoría que *reduce la validez a la justicia*, afirmando que una norma es válida solo si es justa; en otras palabras hace depender la validez de la justicia. El ejemplo histórico más evidente de este reduccionismo es la doctrina del derecho natural.

Otra teoría *reduce la justicia a la validez*, en cuanto afirma que una norma es justa por el solo hecho de ser válida, es decir, hace depender la justicia de la validez. El ejemplo histórico de esta teoría lo da la concepción del derecho que se contrapone al iusnaturalismo, la concepción positivista (en el sentido más restringido y estricto del término).

Finalmente, hay una teoría que *reduce la validez a la eficacia*, por cuanto afirma que el derecho real no es el que se encuentra enunciado en una Constitución, en un código, o en un cuerpo de leyes, sino que es aquel que los hombres efectivamente aplican en sus relaciones cotidianas; esta teoría hace depender, en última instancia, la validez de la eficacia. El ejemplo histórico más radical lo ofrecen las corrientes llamadas realistas de la jurisprudencia estadounidense, y sus antecesoras en el continente.

Nosotros consideramos que estas tres concepciones están viciadas por el error del "reduccionismo" que lleva a eliminar o, por lo menos, a confundir uno de los tres elementos constitutivos de la experiencia jurídica, y consecuentemente la mutilan. La primera y la tercera no logran ver la importancia del problema de la validez; la segunda cree poder liberarse del problema de la justicia. A continuación las examinamos separadamente.

12. El derecho natural

No es tarea nuestra explicar un problema tan rico y complejo como el del derecho natural. Aquí la corriente del derecho natural la exponemos solo en cuanto existe una tendencia general en sus teóricos a reducir la validez a la justicia. La corriente del derecho natural se podría definir como el pensamiento jurídico que concibe que la ley, para que sea tal, debe ser conforme a la justicia. Una ley no conforme con esta, *non est lex sed corruptio legis*. Una formulación reciente y ejemplar de esta doctrina la ofrece Gustav Radbruch en el pasaje siguiennte: "Cuando una ley niega conscientemente la voluntad de justicia, por ejemplo, cuando concede arbitrariamente o rechaza los derechos del hombre, adolece de validez... los

juristas también deben tener el valor para negarle el carácter jurídico"; y en otra parte: "Pueden darse leyes de contenido tan injusto y perjudicial que hagan necesario negarles su carácter jurídico... puesto que hay principios jurídicos fundamentales que son más fuertes que cualquier normatividad jurídica hasta el punto que una ley que los contradiga carecerá de validez"; y más aún, "cuando la justicia no es aplicada, cuando la igualdad, que constituye el núcleo de la justicia, es conscientemente negada por las normas del derecho positivo, la ley no solamente es derecho injusto sino que en general carece de juridicidad" (*Rechtsphilosophie*, 4ª ed., 1950, págs. 336-353).

A este enfoque del problema de las relaciones entre justicia y derecho podemos replicar que es una exigencia, o si queremos un ideal que nadie puede desconocer, que el derecho corresponda a la justicia, pero no una realidad de hecho. Ahora bien, cuando nos planteamos el problema de saber qué es el derecho en una determinada situación histórica, nos preguntamos qué es en realidad el derecho, y no qué quisiéramos que fuera o qué debería ser el derecho. Pero si nos preguntamos qué es en realidad el derecho, no podemos sino responder que en la realidad vale como derecho también el derecho injusto, y que no existe ningún ordenamiento que sea perfectamente justo.

Podríamos reconocer como derecho únicamente el que es justo a condición de que la justicia fuera una verdad evidente, o por lo menos, demostrable como una verdad matemática, y que, por lo tanto, ningún hombre pueda tener dudas sobre lo que es justo o injusto. Esta en realidad ha sido siempre la pretensión del iusnaturalismo en sus diversas fases históricas.

Con otra definición se podría decir que la teoría del derecho natural es aquella que considera poder establecer lo que es justo y lo que es injusto de modo universalmente válido. Pero, ¿tiene bases esta pretención? A juzgar por los desacuerdos entre los diferentes seguidores del derecho natural sobre lo que se debe considerar justo o injusto, a juzgar por el hecho de que lo que era natural para algunos no lo era para otros, se debería responder que no. Para KANT (y en general para todos los iusnaturalistas modernos) la libertad era natural; pero para ARISTÓTELES la esclavitud era natural. Para LOCKE la propiedad privada era natural, pero para todos los utopistas socialistas, de CAMPANELLA a WINSTANLEY y a MORELLY, la institución más conforme a la naturaleza humana era la comunidad de bienes. Esta diversidad de juicios entre los mismos iusnaturalistas dependía de dos razones fundamentales: 1) El término "naturaleza" es un término genérico que adquiere diferentes significados según la forma como se use. ROUSSEAU ya lo había dicho: "No sin

sorpresa y sin asombro se confirma el poco acuerdo que reina sobre esta importante materia entre los diferentes autores que la tratan. Entre los más serios escritores apenas se encuentran dos o tres que compartan la misma opinión sobre este punto" (*Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité*, pref.); 2) Aunque el significado del término fuera unívoco, y todos los que recurren a él estuvieran de acuerdo en aceptar que algunas tendencias son naturales y otras no, de la comprobación de que una tendencia es natural no se puede deducir que esa tendencia sea buena o mala, ya que no se puede deducir un juicio de valor de un juicio de hecho. HOBBES y MANDEVILLE estaban de acuerdo al sostener que una tendencia natural del hombre fuese el instinto utilitario: pero para el primero este instinto llevaba a la destrucción de la sociedad y había que constreñirlo; para MANDEVILLE (el célebre autor de la *Favola delle Api* [*Fábula de las Abejas*]) era ventajoso, y había que darle plena libertad.

Pero, entonces, si la observación de la naturaleza no ofrece apoyo suficiente para determinar lo que es justo y lo que es injusto de modo universalmente válido, la reducción de la validez a la justicia solo puede llevar a una grave consecuencia: a la destrucción de uno de los valores fundamentales y básicos para el derecho positivo (entiéndase el derecho válido), el valor de la *certeza*. En efecto, si la distinción entre lo justo y lo injusto no es universal, hay que plantearse este problema: ¿a quién corresponde establecer lo que es justo y lo que es injusto? Hay dos respuestas posibles: a) corresponde a quien o a quienes tienen el poder; pero esta respuesta es aberrante, porque en este caso si bien se conserva la certeza del derecho, se convierte la doctrina que resuelve la validez en justicia en la doctrina completamente opuesta, esto es, en la que resuelve la justicia en validez, desde el momento que reconoce como justo lo que es ordenado; b) corresponde a todos los ciudadanos; en este caso, puesto que los criterios de justicia son diversos e irreductibles, al ciudadano que desobedeciere la ley por considerarla injusta, y por injusta inválida, los gobernantes no podrían objetar nada, y la seguridad de la convivencia social dentro de la ley quedaría completamente destruida.

Por otra parte, me parece que se puede demostrar, con dos argumentos sacados de la misma doctrina iusnaturalista, que en la doctrina del derecho natural la reducción de la validez a la justicia está más afirmada que aplicada: a) es doctrina constante en los iusnaturalistas que los hombres antes de entrar en el estado civil (regido por el derecho positivo) vivieron en el *estado de naturaleza*, cuya característica fundamental es ser un estado en el cual rigen solo las leyes naturales. Ahora bien, es también doctrina aceptada que el estado de naturaleza es imposible y que es necesario salir de él (para LOCKE y HOBBES se trata de un cálculo utilitario, para KANT de un deber moral) para fundar el Estado. Esto se debe interpretar

como que el derecho natural no cumple con la función del derecho positivo y, por lo tanto, si llamamos "derecho" al derecho positivo, no podemos considerar "derecho" del mismo modo al derecho natural. KANT, perfectamente consciente de esta distinción, llamó al derecho natural "provisional" para distinguirlo del derecho positivo que llamó "perentorio", dando a entender con ello que solo el derecho positivo era derecho en el más pleno sentido de la palabra; b) es doctrina común de los iusnaturalistas que el derecho positivo no conforme al derecho natural debe ser considerado injusto, pero no obstante esto debe ser obedecido (es la llamada *teoría de la obediencia*). ¿Pero qué significa precisamente "obedecer"? Significa aceptar cierta norma de conducta como obligatoria, esto es, como existente en un determinado ordenamiento jurídico, y por lo tanto válida. Y, ¿acaso la validez de la norma no es la pretensión, a lo mejor garantizada por la coacción, de ser obedecida aun por aquellos que se le oponen por considerarla injusta según su personal criterio de valoración? Pues bien, afirmar que una norma debe ser obedecida aun si es injusta, es un camino para llegar, así sea indirectamente, a la misma conclusión de donde hemos partido, esto es, que justicia y validez de una norma son dos cosas diversas; en definitiva es un camino más largo para llegar a reconocer que una norma puede ser válida (es decir, que debe ser obedecida) aun si es injusta, y que, por lo tanto, justicia y validez no coinciden.

13. EL POSITIVISMO JURÍDICO

La teoría opuesta al iusnaturalismo es la doctrina que reduce la justicia a la validez. Mientras que para el iusnaturalismo clásico tiene, sería mejor decir debería tener, valor de orden solo lo que es justo, para la doctrina opuesta es justo solo lo que es ordenado y por el hecho de ser ordenado.

Para un iusnaturalista, una norma no es válida si no es justa; para la doctrina opuesta, una norma es justa solo si es válida. Para unos la justicia es la consagración de la validez, para otros la validez es la consagración de la justicia. A esta doctrina la llamamos *positivismo jurídico*, aunque debemos aceptar que la mayor parte de quienes en filosofía son positivistas y en derecho teóricos y estudiosos del derecho positivo (el término "positivismo" se refiere tanto a unos como a otros), nunca han sostenido una tesis tan extrema. Entre los filósofos positivistas del derecho, tomemos a LEVI, como positivista el cual, aunque, es relativista y no reconoce valores absolutos de justicia y sin embargo admite que hay que diferenciar entre lo que vale como derecho y los ideales sociales que llevan contínuamente a modificar el derecho establecido, y que,

por lo tanto, el derecho puede ser válido sin ser justo. Entre los juristas tomemos, por ejemplo, a KELSEN: cuando KELSEN afirma que lo que constituye al derecho como derecho es la validez, en absoluto quiere afirmar que el derecho válido sea también justo, aunque para él los ideales de justicia son subjetivos e irracionales; el problema de la justicia es para KELSEN un problema ético muy diferente del problema jurídico de la validez.

Si queremos encontrar una teoría completa y consecuente del positivismo jurídico, debemos remontarnos a la doctrina política de THOMAS HOBBES, cuya característica fundamental me parece que consiste en verdad en haberle dado un vuelco total al iusnaturalismo clásico. Según HOBBES, efectivamente no existe otro criterio de lo justo y de lo injusto que el de la ley positiva, es decir, por fuera de la orden del soberano. Para HOBBES solo es verdad que es justo lo que es ordenado, por el solo hecho de estar ordenado; es injusto lo que es prohibido, por el solo hecho de estar prohibido. ¿Cómo llega HOBBES a esta conclusión tan radical? HOBBES es un deductivo y, como todos los deductivos para él lo que cuenta es que la conclusión se desprenda rigurosamente de las premisas. En el estado de naturaleza como todos están a merced de los propios instintos y no hay leyes que le señalen a cada quien lo suyo, todos tienen derecho a todas las cosas (*ius in omnia*), surge la guerra de todos contra todos. Del estado de naturaleza solo se puede decir que es intolerable y que es preciso salir de él. En efecto, la primera ley de la razón para HOBBES es la que prescribe la búsqueda de la paz (*pax est quaerenda*). Para salir del estado de naturaleza de manera definitiva y estable, los hombres pactan entre sí la renuncia recíproca de derechos que tenían en el estado de naturaleza y su cesión a favor del soberano (*pactum sobiectionis*).

Ahora bien, el derecho fundamental que asiste a los hombres en el estado de naturaleza es el de decidir, cada uno según sus propios deseos e intereses, sobre lo que es justo o injusto, comoquiera que en el estado de naturaleza no existe criterio alguno para hacer esta distinción, a no ser el arbitrio y el poder del individuo. En el paso del estado de naturaleza al estado civil, los individuos transmiten todos sus derechos naturales al soberano, inclusive el derecho de decidir lo que es justo o injusto y, por lo tanto, desde el momento en que se constituye el estado civil, el único criterio de lo justo y de lo injusto es la voluntad del soberano. Esta doctrina hobbesiana está ligada a la concepción de la pura convencionalidad de los valores morales y por tanto de la justicia, según la cual no existe lo justo por naturaleza,

sino únicamente lo justo de manera convencional (también por este aspecto la doctrina hobbesiana es la antítesis de la doctrina iusnaturalista). En el estado de naturaleza no existe lo justo ni lo injusto porque no existen convenciones válidas. En el estado civil lo justo y lo injusto descansan en el acuerdo común de los individuos de atribuir al soberano el poder de decidir sobre lo justo y lo injusto. Por lo tanto, para HOBBES la validez de una norma jurídica y de su justicia no se diferencian, porque la justicia y la injusticia nacen juntas con el derecho positivo, es decir al tiempo con la validez. Mientras que se permanece en estado de naturaleza no hay derecho válido, como tampoco hay justicia; cuando surge el Estado nace la justicia, pero nace a un mismo tiempo con el derecho positivo, así que donde no hay derecho tampoco hay justicia y donde hay justicia quiere decir que hay un sistema constituido de derecho positivo.

La doctrina de HOBBES tiene un significado ideológico muy preciso, que no es del caso discutir ahora; ella es la justificación teórica más consecuente del poder absoluto. Para nosotros es suficiente poner en evidencia qué consecuencia estamos obligados a deducir en esta materia, si aceptamos el punto de vista hobbesiano.

La consecuencia es la *reducción de la justicia a la fuerza*. Si no existe más criterio de lo justo y de lo injusto que la voluntad del soberano, hay que resignarse a aceptar como justo lo que le agrada al más fuerte, desde el momento en que el soberano, si no es el más justo de los hombres *sí es ciertamente el más fuerte* (y permanece como soberano no ya mientras sea justo, sino mientras sea el más fuerte). La distinción entre validez y justicia sirve precisamente para distinguir la justicia de la fuerza. Cuando esta distinción desaparece y la justicia se confunde con la validez, también se hace imposible distinguir entre justicia y fuerza. De esta forma volveremos a la célebre doctrina sofista, defendida por Trasímaco en el libro I de *La República* de PLATÓN y refutada por SÓCRATES. Trasímaco, preocupado por la discusión sobre la justicia que SÓCRATES desarrolla con sus amigos, interviene como un animal salvaje —escribe PLATÓN— que quiere destrozar a los presentes, y, después de haber dicho que las afirmaciones de SÓCRATES son patrañas, enuncia su definición con estas célebres palabras: "Y escuchad bien. Yo afirmo que la *justicia no es otra cosa que lo que es útil para el más fuerte*" (*Repubblica*, 338 c). Y algo semejante había dicho otro sofista, Calicles, quien en otro diálogo platónico (*Gorgias*) lanzó esta condena de los débiles y esta exaltación de los fuertes: "Pero la naturaleza misma en mi opinión demuestra que es justo que el más fuerte esté por encima del más débil y el más capaz por encima

del menos capaz. Tal criterio de lo justo aparece también en los demás animales, como entre Estado y Estado y entre pueblo y pueblo, esto es, que el más fuerte domine al más débil y tenga mayores ventajas" (*Gorgias*, 483 d.).

La doctrina según la cual la justicia es la voluntad del más fuerte ha sido refutada muchas veces en el desarrollo del pensamiento occidental. Pero tal vez las páginas más valiosas son las escritas por ROUSSEAU al comienzo del *Contrato social* en un capítulo intitulado precisamente *Du droit du plus forte*, del cual reproduzco algunas de las frases más tajantes: "La fuerza es una potencia física: no veo qué moralidad pueda derivarse de ella. Ceder a la fuerza es un acto de necesidad, no de voluntad: cuando más es un acto de prudencia. ¿En qué sentido podría ser un deber?... Aceptando que es la fuerza la que crea el derecho, el efecto cambia con la causa: toda fuerza que supera a la primera tiene derecho a tomar su lugar. Admitir que se puede desobedecer impunemente significa que se puede hacerlo legítimamente, y comoquiera que el más fuerte tiene siempre razón, el problema es tratar de ser el más fuerte... Si por la fuerza hay que obedecer, no es necesario obedecer por deber, y si no estamos forzados a obedecer, no estaremos tampoco obligados".

14. El realismo jurídico

En el curso de la historia del pensamiento jurídico en el último siglo, ha habido teóricos del derecho que en diversas ocasiones han tratado de descubrir el momento constitutivo de la experiencia jurídica, no ya en los ideales de justicia en que se inspiran los hombres o en que estos dicen inspirarse, ni ya en los ordenamientos jurídicos positivos, sino en la realidad social en que el derecho se forma y se transforma, y en el comportamiento de los hombres que con su actuación hacen o deshacen las reglas de conducta que los gobiernan.

Siguiendo la terminología adoptada, podemos decir que estos movimientos, entre los diferentes aspectos que presenta el fenómeno jurídico, han considerado de manera especial la eficacia más que la justicia o la validez. Ellos libran una batalla en dos frentes: contra el iusnaturalismo, que tiene una concepción *ideal* del derecho, y contra el positivismo en sentido estricto, que tiene una concepción *formal* del derecho. En antítesis con el primero, estas corrientes se pueden llamar *realistas*; en antítesis con el segundo, "*contenidistas*", en el sentido de que no observan al derecho como debe ser, sino al derecho como efectivamente es, sin considerarlo siquiera como un sistema de normas válidas, sino como un conjunto de normas efectivamente aplicadas en determinada

sociedad. Desde su punto de vista, pecan por abstracción tanto los iusnaturalistas como los positivistas. Los primeros porque confunden el derecho real con las aspiraciones de justicia, y los segundos porque lo confunden con las reglas impuestas y formalmente válidas, que a menudo son también formas vacías de contenido. Los positivistas observan solo el conflicto entre derecho válido y derecho justo. Los seguidores de estas corrientes ven también un conflicto entre el derecho impuesto y el efectivamente aplicado, considerando solo este último como el derecho concreto y, por lo tanto, el único objeto de investigación posible para el jurista que no quiera distraerse con fantasmas sin contenido.

Creo que en el último siglo se pueden precisar por lo menos tres períodos en los cuales surge ese modo de concebir el derecho, para ayudar así a ampliar el horizonte de la ciencia jurídica.

El primer período lo representa la Escuela histórica del derecho, del jurista alemán FEDERICO CARLOS VON SAVIGNY, y de su continuador FEDERICO PUCHTA, que floreció en la época de la Restauración. Esta escuela representa, en el campo del derecho, el cambio de pensamiento provocado por la difusión del romanticismo, comoquiera que es la expresión más genuina del romanticismo jurídico. Así como el romanticismo en general combate el racionalismo abstracto de la Ilustración del siglo XVIII (o por lo menos sus degeneraciones), la Escuela histórica del derecho combate ese modo racionalista y abstracto de concebir el derecho del iusnaturalismo, según el cual hay un derecho válido universalmente deducible por la razón de una naturaleza humana siempre igual. Para la Escuela histórica el derecho no se deduce de principios racionales, sino que es un fenómeno histórico-social que nace espontáneamente del pueblo, es decir, que el fundamento del derecho no es, para decirlo con una expresión que se ha vuelto famosa, la naturaleza universal, sino el *espíritu del pueblo* (*Volksgeist*), de donde se desprende que haya tantos derechos cuantos pueblos con sus diferentes características y en sus diversas fases de desarrollo. El cambio de perspectiva en el estudio del derecho se manifiesta principalmente en la consideración del *derecho basado en la costumbre* como fuente primaria del derecho, precisamente porque este derecho surge de manera inmediata de la sociedad y es la expresión genuina del sentimiento jurídico popular contra el derecho impuesto por la voluntad del grupo dominante (la ley) y el derecho elaborado por los técnicos del derecho (el llamado derecho científico). En esta revaluación de la costumbre como fuente del derecho podemos ver un aspecto de esa consideración social del derecho, que se contrapone tanto al iusnaturalismo abstracto como al rígido positivismo estatal generalmente predominante entre los juristas.

El segundo período de la reacción antiusnaturalista y antiformalista está representado por un vasto y variado movimiento histórico, que comenzó en Europa continental a finales del siglo pasado y que podemos llamar *concepción sociológica del derecho*.

Este movimiento surge a causa del desfase que venía ocurriendo entre la ley escrita de los códigos (el derecho válido) y la realidad social (el derecho eficaz), a consecuencia de la revolución industrial. El efecto más relevante de esta nueva concepción se manifiesta en la invocación, muy insistente, dirigida no tanto al derecho consuetudinario, cuanto al derecho judicial, es decir, al derecho elaborado por los jueces en su tarea de permanente adaptación de la ley a las necesidades concretas de la sociedad, que debería haber constituido, según los seguidores de esta corriente, el remedio más eficaz para acoger las exigencias del derecho que se elabora espontáneamente en el variado entrelazarse de las relaciones sociales y en la permanente y diversa contraposición de intereses. No podemos seguir aquí las múltiples manifestaciones de esta corriente. Nos limitamos a recordar el movimiento del *derecho libre*, que surgió principalmente en Alemania por obra de KANTOROWICZ, quien escribió un panfleto en defensa de la libre creación normativa por parte del juez (*La lucha por la ciencia del derecho*, publicado en 1906 con el seudónimo de GNAEUS FLAVIUS).

Se pueden contar entre las obras más notables de este movimiento los cuatro volúmenes de FRANCÇOIS, GEÑY, *Science et téchnique en droit privé positif* (1914-1924), obra en la cual se contrapone la técnica del derecho, dirigida a la labor secundaria y subordinada de adaptar las reglas jurídicas, a las necesidades concretas de la legislación, a la ciencia jurídica, a la cual corresponde encontrar, teniendo en cuenta los datos históricos, ideales, racionales y reales, las nuevas reglas jurídicas; la obra de EUGENIO EHRLICH sobre la lógica de los juristas (*Die juristische Logik*, 1925) que es una de las más documentadas e intransigentes polémicas contra el positivismo estatalista en nombre de la libre investigación del derecho por parte del juez y del jurista, quienes deben buscar las soluciones a las controversias, no tanto confiándose en el dogma de la voluntad estatal pasivamente aceptado, sino penetrando en el estudio del derecho vivo, que la sociedad produce estando en permanente movimiento. La polémica contra el rígido estatalismo, junto con la polémica contra la jurisprudencia predominantemente conceptual, la llamada *jurisprudencia de los conceptos* (*Begriffsjurisprudenz*), suscitó como reacción una jurisprudencia realista, cuya tarea debía ser juzgar con base en la valoración de los intereses en conflicto, llamada por su principal exponente, FELIPE HECK, *jurisprudencia de los intereses*.

El tercer período de la rebelión antiformalista, el más violento y radical, lo constituye la *concepción realista* del derecho que ha tenido éxito en estos últimos decenios en los Estados Unidos de América. No hay que olvidar que los países anglosajones están naturalmente más inclinados a las teorías sociológicas del derecho por el lugar que ocupa el derecho consuetudinario (*common law*) en sus ordenamientos jurídicos, que no conocen las grandes codificaciones. El padre intelectual de las corrientes realistas modernas es un gran jurista, por muchos años juez de la Corte Suprema, OLIVER WENDELL HOLMES (1841-1935), quien fue el primero, precisamente en el ejercicio de sus funciones de juez, en descalificar el tradicionalismo jurídico de las cortes, y en introducir una interpretación evolutiva del derecho, es decir, más sensible a los cambios de la conciencia social. Además, en los Estados Unidos la jurisprudencia sociológica ha tenido su teórico más notable en el filósofo del derecho más importante de ese país en los últimos cincuenta años, ROSCOE POUND, quien en una larga serie de escritos, que han influido notablemente en los juristas norteamericanos, se muestra como defensor de la figura del jurista sociólogo, entendiendo con esta expresión el jurista que tiene en cuenta, en la interpretación y en la aplicación del derecho, los hechos sociales de los cuales se deriva el derecho y a los cuales va dirigida su regulación.

Por otra parte, la escuela realista, cuyo principal impulsor ha sido JEROME FRANK, va mucho más allá de los principios que se pueden deducir de HOLMES y de POUND. La tesis principal de la escuela realista es esta: no existe derecho objetivo, es decir objetivamente deducible de hechos reales, ofrecidos por la costumbre, por la ley o por los antecedentes judiciales; el derecho es una permanente creación del juez, el derecho es obra exclusiva del juez en el momento que decide una controversia. De este modo se derrumba el principio tradicional de la certeza del derecho; en efecto ¿cuál puede ser la posibilidad de prever las consecuencias de un comportamiento —en esto consiste la certeza— si el derecho es una permanente creación del juez? Para FRANK, en efecto, la certeza, uno de los pilares de los ordenamientos jurídicos continentales, es un mito que se deriva de una especie de aceptación infantil frente al principio de autoridad (esta tesis fue sostenida en un libro escrito en 1930, *Law and Modern Mind*): un mito que hay que acabar para levantar sobre sus ruinas el derecho como creación permanente e imprevisible.

No obstante el extremismo inaceptable del realismo americano, el mérito de las corrientes sociológicas en el campo del derecho ha sido grande, porque han impedido la cristalización de la ciencia jurídica en una dogmática sin fuerza innovadora. Pero es distinto el razonamiento que aquí nos interesa sobre las relaciones entre validez y eficacia.

¿Puede acaso decirse que si se le da trascendencia al aspecto activo, evolutivo y social del derecho desaparece la diferencia entre validez y eficacia, es decir, el efectivamente seguido y aplicado? No lo creo. Para circunscribir y limitar la discusión, es preciso tener en cuenta que la crítica de las corrientes sociológicas se ha resuelto a menudo en una revisión de las *fuentes del derecho*, esto es, en una crítica del monopolio de la ley y en la revaluación de las otras dos fuentes distintas de la ley, el derecho consuetudinario y el derecho judicial (el juez legislador). Observemos, por lo tanto, cómo se presenta la relación entre validez y eficacia en estas dos fuentes:

a) En cuanto respecta al derecho consuetudinario se ha dicho que es *el derecho en el cual coinciden validez y eficacia*, en el sentido que mientras se puede concebir una ley válida que no sea eficaz, no se puede concebir una costumbre que siendo válida no sea eficaz, porque si falta la eficacia, se pierde también la repetición uniforme, constante y general, que es uno de los requisitos esenciales de la misma costumbre. Pero tal afirmación no es completamente exacta: si es exacto decir que en el derecho común la validez va siempre acompañada de la eficacia, no es igualmente exacta la proposición inversa, esto es, que *la eficacia vaya siempre acompañada de la validez*.

Decir que una costumbre se vuelve válida por causa de su eficacia equivaldría a sostener que un comportamiento se vuelve jurídico por el solo hecho de ser constantemente repetido. Es sabido, en cambio, que no basta que un comportamiento sea efectivamente cumplido por el grupo social para que se vuelva una costumbre jurídica. ¿Qué otra cosa es necesaria? Es necesario precisamente lo que se llama "validez", esto es, que ese comportamiento constante, que constituye el *contenido* de la costumbre, reciba una *forma* jurídica, o que sea acogido en un determinado sistema jurídico, como comportamiento obligatorio, es decir, como comportamiento cuya violación implica una sanción. Esta forma jurídica es atribuida al derecho consuetudinario por la ley, en cuanto la invoca, o por el juez en cuanto este obtenga la materia de su decisión de una costumbre, o de la voluntad concorde de las partes.

Los juristas dicen que para la formación de una costumbre jurídica es necesario, además de la repetición, también el requisito interno o sicológico de la *opinio iuris*. Pero para que se forme la *opinio iuris*, es decir, la convicción de que aquel comportamiento es obligatorio, es necesario que ese comportamiento sea calificado como obligatorio por alguna de las normas válidas del sistema, es decir, en última instancia, hace falta que la norma que lo regula no solo sea eficaz, sino que en ese sistema sea también válida.

b) Por lo que se refiere al nuevo y mayor énfasis que las escuelas sociológicas dan a la figura del juez creador del derecho, aquí nace solamente el problema de si se puede considerar verdadero derecho al derecho viviente o en formación, al derecho que nace espontáneamente de la sociedad, a la cual recurren los teóricos de la corriente sociológica del derecho. A este propósito es necesario distinguir entre *fuentes de conocimiento* y *fuentes de calificación del derecho*. El derecho vivo es pura y simplemente un hecho o una serie de hechos de los cuales el juez saca el conocimiento de las aspiraciones jurídicas que se van formando en la sociedad. Pero para que estas aspiraciones se conviertan en jurídicas, es necesario que el juez las acoja y les atribuya la autoridad normativa que es inherente a su función de órgano capaz de producir normas jurídicas. El derecho viviente no es aún derecho, es decir, norma o conjunto de normas de ese sistema, hasta cuando es solamente eficaz. Lo llega a ser cuando el juez, en cuanto sea reconocido como creador del derecho, le atribuye también la validez. En realidad se puede hablar de un juez creador de derecho precisamente en cuanto las reglas que él descubre en la realidad social no son todavía reglas jurídicas, y no lo son hasta que él no las reconoce y les atribuye fuerza coactiva. Inclusive las famosas opiniones dadas por el juez HOLMES, en su actividad como juez, por más que fueran sacadas de la observación de la realidad social y a pesar de que fueran más sensibles al llamado derecho en formación que las sentencias de sus colegas, no llegaron a ser derecho positivo de los Estados Unidos, mientras él las defendía, ya que, estando en minoría, en el sistema era derecho válido solo el reconocido por la mayoría de la corte. Si el derecho viviente puede ser considerado como fuente de conocimiento jurídico, solo el juez (y con más razón el legislador) puede ser considerado como fuente de calificación.

CAPÍTULO III

LAS PROPOSICIONES PRESCRIPTIVAS

15. UN PUNTO DE VISTA FORMAL

El punto de vista desde el cual nos proponemos estudiar ahora la norma jurídica puede llamarse *formal*, en el sentido que consideramos la norma jurídica *independientemente de su contenido*, o sea en su *estructura*.

Toda norma, como por lo demás toda proposición, presenta problemas estructurales que se plantean y resuelven sin consideración al hecho de que la norma tenga este o aquel contenido. Como toda otra proposición, también la norma tiene su estructura lógico-lingüística, que puede ser llenada con los más diversos contenidos. Así como la estructura del juicio "S es P" vale tanto para la proposición: "Sócrates es mortal", como para la proposición: "La ballena es un mamífero", así mismo la estructura de la norma: "Si es A, debe ser B" vale tanto para la prescripción: "Si has pisado las flores, debes pagar la multa", como para la prescripción: "Si has matado con premeditación, deberás sufrir la prisión perpetua".

En lo que viene será objeto de nuestro estudio la norma jurídica en su estructura lógico-lingüística. Frente al conjunto de normas jurídicas, nuestro problema será preguntarnos qué tipo de proposiciones son ellas, si son proposiciones prescriptivas y de qué tipo, qué clase de proposiciones prescriptivas comprenden, etc.

Se entiende que el estudio formal de las normas jurídicas que aquí se emprende, no excluye en manera alguna otros modos de considerar el derecho. Si me propongo conocer no ya cuál es la estructura de las normas jurídicas sino cuál es la oportunidad, la conveniencia o la justicia de las normas jurídicas que integran un determinado sistema, o también cuál es la eficacia social que tienen ciertas normas en un determinado ambiente histórico, el objeto de mi investigación no será ya la forma o estructura, o sea, para usar una metáfora, el empaque, el recipiente, sino el contenido, lo que el recipiente contiene, es decir los comportamientos regulados. La norma "se prohíbe pisar las flo-

res" es, desde el punto de vista formal, un imperativo negativo, y no difiere de la norma, "se prohíbe matar". Pero si quiero saber cuáles son los motivos por los cuales se ha promulgado esta norma, si estos motivos son aceptables, si es efectivamente respetada o permanentemente violada, etc., tendré que hacer investigaciones en un campo completamente distinto de aquel que sería mi objeto de estudio si quisiera hacer análogas preguntas sobre la prohibición de matar.

Advirtiendo desde el principio que el punto de vista formal no es un modo exclusivo de considerar la norma jurídica, quiero evitar que se confunda el estudio formal de la norma jurídica con uno de tantos *formalismos* que han adquirido carta de ciudadanía en el campo del saber jurídico, y contra los cuales se ha encendido de manera particular la polémica precisamente en estos últimos años.

Por "formalismo jurídico" se entiende una consideración exclusiva del derecho como forma. Aunque la polémica antiformalista no distinga siempre un tipo de formalismo de otro, y a causa de ello surja a menudo una gran confusión, bajo el nombre genérico de "formalismo jurídico" creo que hoy se comprenden por lo menos tres teorías diferentes, que tienen diversos puntos de vista y que exigen, si se les quiere rechazar, argumentos diferentes.

Un primer tipo de formalismo en el derecho es el que podríamos llamar *formalismo ético*, es decir aquella doctrina que considera justo lo que es conforme a la ley, y como tal rechaza todo criterio de justicia que esté por encima de las leyes positivas y con base en el cual las mismas leyes positivas pueden ser evaluadas. Esta doctrina puede llamarse formal en cuanto hace consistir la justicia en la ley por el solo hecho de ser ley, esto es, orden dada por el poder soberano, y por lo tanto no tiene en cuenta su contenido al dar un juicio de valor.

Un segundo tipo de formalismo es el que podríamos llamar más apropiadamente *formalismo jurídico*, y la doctrina según la cual la característica del derecho no es la de prescribir lo que cada uno debe hacer, sino simplemente el modo según el cual cada uno debe actuar si quiere lograr sus propios objetivos, y por lo tanto pertenece a la función del derecho, no ya establecer el contenido de la relación intersubjetiva, sino la forma que esta debe tomar para que tenga ciertas consecuencias. Este tipo de formalismo se remonta a la vieja definición kantiana del derecho, retomada por las corrientes neokantianas, según la cual una de las características de la relación jurídica es que en ella no se considera la *materia* del arbitrio, es decir el fin que alguien se propone con el objeto que desea, sino únicamente la *forma*, comoquiera

que los dos arbitrios son considerados como absolutamente libres. Es la continuación de las corrientes neokantianas.

Por último, hay un tercer tipo de formalismo que se podría llamar *formalismo científico* porque tiene en cuenta, no ya el modo de definir la justicia (formalismo ético), ni el modo de definir el derecho (formalismo jurídico), sino el modo de concebir la ciencia jurídica y la labor del jurista, a quien se atribuye la tarea de elaborar el sistema de conceptos jurídicos tal como se deduce de las leyes positivas, que es tarea puramente declarativa o de reconocimiento y no creativa, y de obtener deductivamente del sistema así elaborado la solución de todos los posibles casos en conflicto.

Sobra decir que los tres tipos de formalismo no deben confundirse porque se refieren a problemas diferentes. El primero responde a la pregunta ¿qué es la justicia?; el segundo a la pregunta ¿qué es el derecho?, y el tercero al interrogante ¿cómo debe comportarse la ciencia jurídica? Un autor puede ser formalista en el primer sentido y no en el segundo ni en el tercero, etc. De este modo la polémica antiformalista, por ejemplo, contra el formalismo jurídico, no vale para el formalismo ético o para el formalismo científico. Infortunadamente, la mayor parte de los autores no hace ninguna distinción, y, a menudo, bajo el nombre genérico de "rebelión contra el formalismo" se confunden los argumentos. Para nosotros aquí es suficiente haber puesto en evidencia que el punto de vista formal, del cual hemos partido, no tiene nada que ver con ninguno de los tres formalismos, porque no pretende ser una teoría exclusiva de la justicia, ni del derecho, ni de la ciencia jurídica, sino pura y simplemente un modo de estudio del fenómeno jurídico en su complejidad, un modo que no solo excluye los demás sino que los une para que se pueda lograr un conocimiento integral de la experiencia jurídica.

16. La norma como proposición

Desde el punto de vista formal, que hemos adoptado aquí, una norma es una *proposición*. Un código, una Constitución son un conjunto de proposiciones. Se trata de saber cuál es el *status* de las proposiciones que componen un código o una Constitución. Según la tesis que defendemos, las normas jurídicas hacen parte de la categoría general de las *proposiciones prescriptivas*. Por ello nuestra investigación se desarrolla a través de cuatro fases: 1. Estudio de las proposiciones prescriptivas y su diferencia de los demás tipos de proposiciones; 2. examen y crítica

de las principales teorías basadas en la estructura formal de la norma jurídica; 3. estudio de los elementos específicos de la norma jurídica como prescripción; 4. clasificación de las prescripciones jurídicas.

Por "proposición" entendemos un conjunto de palabras que tienen un significado entre sí, es decir, en su conjunto. La forma más común de una proposición es lo que en la lógica clásica se llama *juicio*, que es una proposición compuesta de un sujeto y de un predicado, unidos por una cópula (S es P). Pero no toda proposición es un juicio. Por ejemplo: "¡Mira!", o "¿cuántos años tienes?" son proposiciones, pero no juicios. Así también, hay que distinguir una proposición de su *enunciado*. Por "enunciado" entiendo la forma gramatical y lingüística con la cual se expresa un significado, por lo que la misma proposición puede tener diversos enunciados, y el mismo enunciado puede expresar diferentes proposiciones. Una misma proposición puede ser expresada con diversos enunciados cuando cambia la forma gramatical. Por ejemplo: "Mario ama a María" y "María es amada por Mario", donde el significado es idéntico y lo que cambia es solamente la expresión; o también en el tránsito del mismo significado de una expresión de un idioma a su equivalente en otro idioma. Por ejemplo: "Llueve"; "Piove"; "Il pleut"; "It is raining"; "Es regnet", son enunciados diferentes de la misma proposición. Al contrario, con el mismo enunciado se pueden expresar, en contextos diferentes o en circunstancias diversas, proposiciones distintas. Por ejemplo, cuando digo, dirigiéndome a un amigo con quien estoy paseando, "quisiera una limonada", quiero manifestar mi deseo o cuando más dar a mi amigo una información sobre mi estado de ánimo; si dirijo las mismas palabras a una persona que está detrás del mostrador de un bar, no quiero expresar un deseo ni darle una información sino imponerle una determinada conducta (mientras, en el primer uso de la expresión, es previsible, por parte del amigo, la respuesta: "También Yo"; la misma respuesta por parte del segundo interlocutor sería poco menos que una ofensa).

Cuando defino una proposición como una reunión de palabras que tienen un significado en su conjunto, quiero excluir del uso del término "proposición" conjuntos de palabras sin significado. Una reunión de palabras puede no tener significado en su conjunto, aunque las palabras que lo componen tengan un significado, como por ejemplo: "César es un número primo", "El triángulo es democrático". O también puede no tener significado en su conjunto, porque las mismas palabras que lo componen no tienen, tomadas singularmente, un significado, por ejemplo: "Pape Satan, pape Satan aleppe"*. Un conjunto

* DANTE, *Divina Comedia*. Infierno. Canto VII. Ver. 1, trad. esp. Ed. Ramón, Sopena, Barcelona, 1971, pág. 126.

de palabras sin significado, no se debe confundir una *proposición falsa*. Una proposición falsa es siempre una proposición, porque tiene un significado. Por ejemplo: "César murió en los idos de abril"; "El triángulo tiene cuatro lados". La proposición es falsa porque si se la somete al criterio de verdad que hemos tomado para juzgarla, se demuestra que no tiene los requisitos solicitados para que pueda ser verdadera. Si es una proposición sintética, el criterio para juzgarla es la mayor o menor correspondencia con los hechos, y si es una proposición analítica el criterio es la coherencia o validez formal. Sea como fuere, para que una proposición pueda ser verificada o falsificada es necesario que tenga un significado.

Cuando decimos que una norma jurídica es una proposición, queremos decir que es un conjunto de palabras que tiene un significado. Con fundamento en lo que hemos dicho atrás, la misma proposición normativa se puede formular con diferentes enunciados. Lo que interesa al jurista, cuando interpreta una ley, es su significado. Así como una proposición en general puede tener un significado, pero ser falsa, así también una proposición normativa puede tener un significado y ser —no digamos falsa— sino, por las razones que veremos a continuación, inválida o injusta. También en cuanto a las proposiciones normativas el criterio de significación, en virtud del cual se distinguen proposiciones propiamente dichas de un conjunto de palabras sin significado, se distingue del criterio de verdad y validez, en virtud del cual se distinguen proposiciones verdaderas o válidas de proposiciones falsas o inválidas.

17. Formas y funciones

Hay varios tipos de proposiciones y se pueden distinguir con base en dos criterios: la forma gramatical y la función[1]. Con base en la forma gramatical las proposiciones se distinguen principalmente en *declarativas, interrogativas, imperativas* y *exclamativas*.

Con relación a la función se distinguen en *afirmaciones, preguntas, órdenes, exclamaciones*. Ejemplos: "Llueve" (proposición formalmente declarativa y con función de afirmación); "¿Llueve?" (proposición formalmente interrogativa y con función de pregunta); "Toma la sombrilla" (proposición formalmente imperativa y con función de mandato); "¡Cómo estás de mojado!" (proposición formalmente exclamativa y con función de exclamación). A menudo —como se infiere de los ejemplos dados— forma gramatical y función se corresponden según el orden.

[1] Para este y el siguiente parágrafo, hemos seguido entre los diferentes tratados de lógica de modo particular el de J. M. Copi, *Introduction to Logic* (1953).

arriba expuesto: una orden generalmente se manifiesta de manera imperativa. Pero los dos criterios se distinguen porque el primero se refiere al modo como se expresa la proposición, y el segundo al fin que se propone alcanzar quien pronuncia la proposición. Los dos criterios son diferentes por cuanto la misma función se puede expresar en formas diversas, e, inversamente, con la misma forma gramatical se pueden expresar funciones diferentes.

Entre todos los tipos de proposiciones a nosotros nos interesan de manera particular los mandatos, es decir, proposiciones cuya función es, como veremos mejor enseguida, influir en el comportamiento ajeno para modificarlo, y que por ahora llamamos de manera general "mandatos", aunque después será necesario hacer distinciones. Ahora bien, un mandato o sea una proposición que se distingue por una función particular, puede expresarse según las circunstancias y contextos mencionados en todas las formas gramaticales arriba mencionadas. Ciertamente la forma común es la imperativa: "Estudia" (pero no quiere decir que la forma imperativa corresponda siempre al modo verbal imperativo; hay otras formas gramaticales imperativas como las construidas con el auxiliar "deber": "Debes estudiar").

Pero a veces un mandato se manifiesta de manera declarativa, como sucede generalmente en los artículos de las leyes, los cuales, aunque sin duda tienen una función imperativa, casi simpre se expresan con proposiciones declarativas. Cuando el artículo 566 del C. C.* dice: "Al padre y a la madre heredan los hijos legítimos en partes iguales", la intención de quien pronunció esta fórmula no fue la de dar una información, sino la de imponer una serie de comportamientos: se trata manifiestamente de una proposición declarativa con función de mandato. Así cuando un padre dirigiéndose al hijo le dice en tono de reprensión: "¿No te parece que la tarea está llena de errores?", la proposición es formalmente interrogativa, pero la función atribuida por quien la pronuncia es la de inducir al destinatarío a corregir la tarea y, por lo tanto, en última instancia, no obstante la forma interrogativa, la proposición es un mandato a pesar de manifestarse como una interrogación. Muchas de las "interrogaciones" que se hacen en el Parlamento, según un procedimiento establecido, son proposiciones o series de proposiciones cuyo fin principal no es tanto conocer información (el interrogador comúnmente sabe de antemano qué responderá o no el gobierno), sino más bien inducir al gobierno a modificar su comportamiento: también aquí, detrás de la forma interrogativa, aparece la función preceptiva en sentido amplio. En fin, pasando delante de las rejas de una mansión leo

* N. T. Se refiere al Código Civil italiano.

un cartel que dice: "¡Cuidado con el perro!". ¿Es una exclamación? Si la proposición tuviese la función exclamativa, significaría que los propietarios de la mansión con esa frase han querido expresar públicamente su estado de ánimo sobre la peligrosidad de su perro. Pero no es así: leyendo el cartel, yo entiendo que debo alejarme. Pero esto significa que aquella frase en su apariencia de exclamación tiene la función de mandato o por lo menos de recomendación, esto es, no expresa sentimientos sino que tiende a influir sobre el comportamiento de los demás. Hay una señal de circulación que todos conocemos, que consiste en una especie de punto exclamativo: inútil decirlo, esa señal no es la expresión de un estado de ánimo sino la invitación a la prudencia.

Así como la misma función se puede manifestar con formas gramaticales diversas, también la misma fórmula gramatical puede expresar diversas funciones. En un tratado de geografía puedo encontrar la siguiente frase: "Italia se divide en regiones, provincias y municipios". Ninguno dudará que esta proposición declarativa es, con relación a la función, una afirmación, o sea una proposición cuyo fin es dar una información. En el art. 114 de la Constitución de la República italiana leo: "La República se divide en regiones, provincias y municipios". La proposición es, con relación a la forma gramatical idéntica a la del tratado de geografía. ¿Pero el significado es también el mismo? El constituyente de ninguna manera se propuso al dictar ese artículo dar a los ciudadanos italianos una información geográfica, sino más bien establecer una Instrucción para el legislador: la frase, en suma, no es una afirmación, sino una norma jurídica (aunque, en parte, no ha sido cumplida).

18. Las tres funciones

Creo que se pueden distinguir tres funciones fundamentales del lenguaje: la *descriptiva*, la *expresiva* y la *prescriptiva*. Estas tres funciones dan origen a tres tipos de lenguaje bien distintos (aunque no se encuentren en la realidad en estado puro): el lenguaje científico, el poético y el normativo. A nosotros nos interesa en modo particular la función prescriptiva: un conjunto de leyes o de reglamentos, un código, una Constitución, son ejemplos muy interesantes de lenguaje normativo, así como un tratado de física o de biología constituyen ejemplos característicos del lenguaje científico, y un poema o un cancionero son ejemplos representativos de lenguaje poético. Los ejemplos ya han hecho evidente la distinción. Sin pretender dar definiciones rigurosas ni exhaustivas, es suficiente decir que la función descriptiva, propia del lenguaje científico, consiste en dar informaciones, en comunicar a otros ciertas infor-

maciones, en la trasmisión del saber, en suma en *hacer conocer*; la función expresiva, propia del lenguaje poético, consiste en hacer evidentes ciertos sentimientos y en intentar evocarlos en otros, en modo tal de *hacer participar* a otros de alguna situación sentimental; la función prescriptiva, propia del lenguaje normativo, consiste en dar órdenes, consejos, recomendaciones, advertencias, de suerte que influyan sobre el comportamiento de los demás y lo modifiquen y, en suma, para *hacer*.

Por más que es difícil encontrar estos tres tipos de lenguaje en estado puro, sin embargo hay que admitir que el lenguaje científico tiende a despojarse de toda función prescriptiva y expresiva, de donde se desprende el ideal del científico que, según SPINOZA, no llora ni ríe, y es indiferente a las consecuencias prácticas que se pueden derivar de sus propios descubrimientos. Una poesía es tanto más genuina cuanto más se libre de la función informativa (para tener datos sobre Zacinto leeré un tratado de Geografía y no el soneto de FÓSCOLO y de aquella prescriptiva (una poesía que se proponga promover una acción es una poesía didascálica u oratoria, y, según los cánones bien conocidos de la estética de la intuición-expresión, no-poesía). Un cuerpo de leyes tiende a eliminar todo aquello que no es precepto, y, por tanto, la característica de un código moderno, si lo comparamos con las leyes de una civilización menos desarrollada, consiste precisamente en eliminar todos los elementos descriptivos y evocativos que a menudo han sido mezclados con elementos prescriptivos.

Además hay tipos de discursos cuya característica es precisamente la de combinar dos o más tipos de lenguajes: un discurso de celebración, de una fecha, una conmemoración, es una combinación de proposiciones descriptivas y expresivas (si se trata de dar noticias sobre la vida del personaje de la conmemoración y al mismo tiempo suscitar ciertos sentimientos de admiración por las obras cumplidas, indignación por las penas sufridas, dolor por la muerte prematura, etc.); un sermón es una combinación de proposiciones expresivas y prescriptivas (se trata de suscitar sentimientos, piedad por los difuntos, compasión por los afligidos, etc., y de persuadir a cumplir ciertas obras); una oración forense es casi siempre una combinación de informaciones (por ejemplo, la figura moral e intelectual del acusado), de evocación de sentimientos (la llamada "incitación de los sentimientos y pasiones"), y de prescripciones (la solicitud de absolución).

No es difícil explicar que una prescripción vaya acompañada de proposiciones de otro tipo. Para que la persona a quien dirigimos la prescripción se decida a actuar, no siempre es suficiente que escuche el mensaje del mandato puro y simple, pues a veces se requiere que conozca algunos hechos y desee algunas consecuencias. Para que llegue a conocer

aquellos hechos que la induzcan a obrar, es necesario darle informaciones; para que desee ciertos efectos, es necesario suscitar en ella un determinado estado de ánimo; para que conozca algunos hechos y desee algunas consecuencias es necesario informarla y crear en ella un determinado estado de ánimo. Así, cuando digo, "Toma la sombrilla" y agrego, "Llueve", uno la prescripción a la información. En cambio, si digo "Da limosna a ese pobre", y agrego "¡Cuán triste la miseria!", uno la prescripción a la evocación de un sentimiento. Finalmente, al decir "Come lo que tienes en el plato", y agregar "es leche" y luego, como si no fuera suficiente "Si supieras cómo está de buena", uno la prescripción a la información y a la evocación de un estado de ánimo favorable para el cumplimiento de la acción. También el legislador puede recurrir a expresiones descriptivas y evocativas para reforzar sus preceptos: para hacer cumplir una ley puede ser muy útil dar la más amplia información sobre las ventajas que se pueden obtener, o también suscitar, por ejemplo, con apasionadas evocaciones, el amor a la patria, estados de ánimo favorables a la obediencia. El lenguaje prescriptivo tiene mayores pretensiones porque tiende a modificar el comportamiento de los demás, y en consecuencia no es extraño que utilice los otros dos tipos de lenguaje para su propia función.

19. Características de las proposiciones prescriptivas

Uno de los problemas que más ha comprometido a los lógicos contemporáneos es la distinción entre proposiciones descriptivas y prescriptivas. Es un tema sobre el cual en los últimos años se han escrito centenares de libros y de artículos. La obra que más éxito ha tenido en este campo, y que está en el centro de las discusiones, es la de R. M. Hare, *The Language of Morals* (Oxford, Clarendon Press, 1952), que utilizaré en adelante. En Italia el primer estudio sobre el tema es el de Scarpelli: *Il problema della definizione e il concetto di diritto* (Milano, Nuvoletti, 1955), cuyo primer capítulo está dedicado al tema *lenguaje prescriptivo* y *lenguaje descriptivo*.

Considero que las características que diferencian las proposiciones prescriptivas de las descriptivas se pueden resumir en tres puntos: a) respecto de la función; b) respecto del comportamiento del destinatario; c) respecto del criterio de valoración.

Por lo que se refiere a la *función*, ya hemos dicho lo esencial. Con la descripción queremos informar a los demás, con la prescripción modificar su comportamiento. Esto no significa que una información

no influya también en el comportamiento de los demás. Cuando en una ciudad extranjera pido información sobre una calle, la respuesta me induce a ir en un sentido y no en otro. Pero la influencia de la información sobre mi comportamiento es indirecta, en tanto que la influencia de la prescripción es directa. Para que la información "Vía Roma es la cuarta a la derecha" tenga una influencia en mi comportamiento, debe colocarse en un contexto más amplio, del cual haga parte la prescripción "Debo ir a Vía Roma". Toda modificación voluntaria del comportamiento presupone el aspecto prescriptivo.

En cuanto al destinatario, fue precisamente HARE quien puso de relieve que frente a una proposición descriptiva se puede hablar de la aceptación del destinatario cuando este cree que la proposición es verdadera. En una proposición prescriptiva, en cambio, la aceptación del destinatario se manifiesta en el hecho de que la *cumple*. En otras palabras, se puede decir que la prueba de aceptación de una información es la *creencia* (un comportamiento mental), la prueba de la aceptación de una prescripción es la *ejecución* (un comportamiento práctico, aun cuando la distinción entre comportamiento mental y práctico es muy dudosa y aquí la hagamos solamente como una primera aproximación). Dice HARE: "Podemos caracterizar provisionalmente las diferencias entre afirmaciones y mandatos diciendo que mientras el consentir sinceramente en las primeras implica *creer* en alguna cosa, el aceptar sinceramente las segundas implica *hacer* alguna cosa" (*op. cit.*, pág. 20).

El carácter distintivo que parece decisivo es el que se refiere al *criterio de valoración*. De las proposiciones descriptivas se puede decir que son *verdaderas o falsas*, mas no de las prescriptivas. Las prescriptivas no son proposiciones verdaderas ni falsas por cuanto no se pueden someter a la valoración de lo verdadero o de lo falso. Tiene sentido preguntarse si la afirmación "Ulan Bator es la capital de Mongolia" es verdadera o falsa, mas no tiene sentido preguntarse si el precepto "se ruega limpiarse los zapatos antes de entrar" es verdero o falso. Verdad o falsedad no son predicables de las proposiciones prescriptivas, sino de las proposiciones descriptivas. Los criterios evaluativos que fundamentan nuestra aceptación o rechazo de una prescripción son otros. A propósito de las normas jurídicas hemos hablado de la evaluación según la *justicia* o *injusticia* (y según la *validez* o *invalidez*). Entonces diremos que mientras no tiene sentido preguntarse si un precepto es verdadero o falso, sí lo tiene preguntarse si es *justo* o *injusto* (oportuno o inoportuno, conveniente o inconveniente) o válido o *inválido*.

La diferencia entre los predicados aplicables a las proposiciones descriptivas y los aplicables a las prescriptivas se deriva de la diferencia

de criterios con los cuales evaluamos unas y otras para darles nuestra aceptación. El criterio con el cual valoramos las proposiciones descriptivas para aceptarlas o rechazarlas es la correspondencia con los hechos (criterio de *verificación empírica*) o con los postulados autoevidentes (criterio de *verificación racional*), según se trate de proposiciones sintéticas o analíticas. Calificamos de empíricamente verdaderas las proposiciones cuyo significado es verificado en modo empírico, y racionalmente verdaderas o más brevemente válidas, aquellas que se verifican de manera racional. El criterio con el cual valoramos las proposiciones prescriptivas para aceptarlas o rechazarlas es el de la correspondencia con los valores supremos (criterio de *justificación material*) o el de la derivación de las fuentes primarias de producción normativa (criterio de *justificación formal*). Llamamos *justas* (o convenientes) las primeras, *válidas* las segundas. Obsérvese que para los dos tipos de proposiciones valen dos criterios: uno que llamaremos material y otro formal, sin que correspondan entre sí. Cuando más, se puede apreciar una correspondencia entre el segundo criterio de verificación (una proposición es verdadera si es deducida de proposiciones previamente aceptadas como verdaderas) y el primer criterio de justificación (una norma es justa si se deduce de una norma superior aceptada como justa). El primer criterio de verificación de las proposiciones descriptivas no encuentra correspondencia en el criterio de la eficacia, anteriormente explicado, pero de ninguna manera es un criterio decisivo para aceptarlas o rechazarlas. El segundo criterio de justificación no halla correspondencia con la valoración de las proposiciones descriptivas (habría que hacerlo corresponder con el llamado principio de autoridad, que es una valoración tan acogida en el mundo normativo como desacreditada en el campo descriptivo).

En última instancia, la diferencia entre la verificación de las proposiciones descriptivas y la justificación de las proposiciones prescriptivas está en la mayor objetividad de la primera respecto de la segunda, desde el momento que la primera tiene como último punto de referencia lo que es observable y pertenece al campo de la percepción, y la segunda tiene su último punto de referencia en lo que es deseado, apetecido, objeto de tendencia o inclinación y pertenece al campo de la emoción o del sentimiento. Se dice, para subrayar esta diferencia, que la verdad de una proposición científica puede ser *demostrada*, mientras que de la justicia de una norma solo se puede tratar de *persuadir* a los demás (de donde se desprende la diferencia, que está logrando aceptación en nuestros días, entre *lógica* o teoría de la demostración y *retórica* o teoría de la persuasión).

20. ¿LAS PROPOSICIONES PRESCRIPTIVAS SE PUEDEN REDUCIR A PROPOSICIONES DESCRIPTIVAS?

Consideramos que la diferencia entre los dos tipos de proposiciones examinadas en el parágrafo anterior, es irreductible. Se trata de dos tipos de proposiciones que tienen un *status* distinto. Pero no debemos dejar pasar en silencio la más seria tentativa de reducción que hasta hoy se ha hecho[2].

1. La tesis reduccionista se formula así: una prescripción, por ejemplo, "Haz X" puede reducirse siempre a una *proposición alternativa* de este tipo "O haces X, o te sucede Y", en la cual Y indica una consecuencia desagradable. La proposición alternativa, se afirma, no es una prescripción sino una descripción; es una proposición que describe lo que sucederá; tan cierto es esto que de ella se puede decir si es verdadera o falsa; verdadera si Y se verifica, falsa si Y no se verifica. Es claro que esta reducción descansa en el supuesto de que ordenar implica siempre conminación de una sanción, en otras palabras, que la fuerza del mandato, es decir, lo que hace del mandato un conjunto de palabras significantes cuya función es modificar el comportamiento de los demás, radica en las consecuencias desagradables que el destinatario debe esperar de su incumplimiento. Si yo digo al estudiante de la primera fila "cierre la puerta", mi proposición es una orden solo si el estudiante está convencido que al no cumplirla yo lo puedo regañar o perjudicar con una mala calificación. Si en cambio, el estudiante estuviese convencido de que el incumplimiento de la orden no le produce ningún efecto, las tres palabras que yo pronuncié, aun de manera imperativa, no son otra cosa que un *flatus vocis* o una simple manifestación de mi estado de ánimo.

No hay duda que la tesis es sugestiva. No obstante, creo que no se la puede aceptar, principalmente por tres razones: 1. Es una afirmación difícilmente comprobable por los hechos, que todo mandato se caracteriza por la sanción; aunque tal vez pueda ser cierta para los mandatos jurídicos (como veremos más adelante), no se ve cómo pueda afirmarse para todo tipo de mandato. HARE, que no acepta la tesis de reducción, propone el siguiente ejemplo de mandato sin consecuencias: "Di a tu padre que lo llamé por teléfono". Ciertamente se trata de una prescripción, porque con esa frase quien la pronuncia quiere que alguien haga algo. Pero si esta persona no lo hace, ¿qué sucede? Tratemos de poner la pro-

[2] Ver a A. VISALBERGHI, *Esperienza e valutazione*, Torino, 1958, principalmente el capítulo segundo *La logica degli imperativi e delle norme*, págs. 37-67, en el cual se retoma y desarrolla la tesis de H. G. BONHERT, *The Semiotic Status of Command*, en "Philosophy of Science", t. XII, 1945, págs. 302-315.

posición en forma alternativa y nos daremos cuenta de que nos falta la segunda parte: "O tu dices a tu padre que he llamado, o...". ¿O qué cosa?

De manera más general parece que detrás de la tesis reduccionista está la convicción de que la única razón por la cual se cumple una orden es el temor a la sanción, y, por lo tanto, que la función de ordenar se explica solo mediante la amenaza.

Pero en verdad se trata de una falsa generalización. No deseo comprometerme aquí en la discusión de si son imperativos incondicionados o categóricos, es decir, imperativos que son cumplidos solo porque son imperativos, a pesar de que sobre la existencia de tales imperativos KANT funde la autonomía de la ley moral, que se distingue de todas las demás leyes por el hecho de ser obedecida por sí misma (*el deber por el deber*) y no por ventajas o desventajas que se pueden derivar (el deber por un fin externo). Pero prescindiendo totalmente de la teoría kantiana de la moral, y contentándonos con observaciones en el campo de la experiencia común, comprobamos que hay órdenes que se cumplen únicamente por el prestigio o la imagen de la autoridad de las personas que ordenan, y, por tanto, por medio de una actitud que no es de temor, sino de estimación o de respeto por la autoridad (es el caso de cumplimiento de la orden del jefe no porque él sea capaz de infligir una pena, sino porque es el jefe). En todos estos ejemplos no hay alternativa, y por tanto la reducción de la proposición prescriptiva a una proposición alternativa es imposible.

2. De todos modos, este primer argumento no es decisivo. Podemos también admitir que existe un verdadero mandato (y no solamente una proposición que tiene la forma gramatical del mandato sin que se tenga la función) únicamente cuando su cumplimiento implica consecuencias desagradables, y que, por tanto, se puede admitir que siempre una prescripción se puede resolver en una alternativa. ¿Pero se ha dado de este modo una respuesta satisfactoria al problema de la reducción de la prescripción a descripción? No creo. La segunda parte de la alternativa "...o sucede Y" no se refiere a un hecho cualquiera sino a un hecho *desagradable* para el destinatario de la orden. Ahora bien, "desagradable" no es un término descriptivo sino de valor, esto es, es un término que indica, no ya una calidad objetiva, observable del hecho, sino la actitud que se asuma frente a ese hecho que en este caso es una actitud de condena o de rechazo, es decir, un término que tiene un significado no descriptivo y no reducible a términos descriptivos, sino que

tiene en última instancia, como todo término de valor, un significado prescriptivo. En efecto, cuando juzgo que algo es desagradable no digo nada sobre las calidades de la cosa; digo, simplemente, que hay que evitarla, es decir hago una invitación o una recomendación a evitarla, en otras palabras, trato en cierto modo de influir sobre el comportamiento ajeno.

Pero entonces si la segunda parte de la alternativa está constituida por un término de valor, la función prescriptiva expulsada por la puerta regresa por la ventana, en el sentido de que el estímulo para modificar el comportamiento ya no será válido por la orden en sí misma considerada, sino por el juicio de valor dado sobre la consecuencia que de él se derive en caso de violación, y, por lo tanto la función prescriptiva es solo encubierta, pero no eliminada, remitida por la orden a la consecuencia de la orden, pero sin suprimirla. Supongamos que la segunda parte de la alternativa contenga un término no de valor sino descriptivo, por ejemplo: "o tú cierras la puerta o lloverá" (suponiendo que el hecho de que llueva o no llueva sea indiferente al interlocutor), y resulta claro que esta proposición no puede ser considerada como la resolución en términos alternativos de un mandato. Y no puede ser considerada como la resolución de un verdadero mandato porque falta precisamente en la segunda parte un juicio de valor que desarrolle la función prescriptiva propia del mandato.

3. Hay, en fin, un tercer argumento que me parece decisivo. La consecuencia que se le atribuye a la no ejecución de una orden no es un efecto obvio de la acción contraria a la ley, sino una consecuencia que la misma persona que impartió la orden le atribuye a esta acción. Como luego lo veremos mejor, utilizando la terminología de KELSEN, decimos que no hay relación de causalidad entre la consecuencia y el ilícito, sino que hay una relación de imputación. El imperativo "cierra la puerta" no se reduce a la alternativa: "o cierras la puerta o te resfrías", sino a esta otra alternativa "o cierras la puerta o serás castigado". Ahora ¿qué importancia tiene este tipo de consecuencia? Importa si en el caso de violación interviene una orden nueva y correlativamente una nueva obligación, esto es, la orden a quien debe ejecutar el castigo y el deber, de quien recibe este mandato, de cumplirlo. No importa que la persona que deba ejecutar el castigo sea la misma que haya impartido la orden. O sea, lo que importa anotar es que la consecuencia de la transgresión pone en acción otro imperativo; de lo que se deduce que el imperativo excluído de la primera parte de la alternativa se encuentra, aunque de modo implícito, en la segunda. Un mandato como: "No debes robar" se resuelve en la alternativa "O tú no robas o el juez *deberá* castigarte".

Estas consideraciones nos llevan a concluir que la tentativa de reducir un mandato a proposición descriptiva, por medio de la alternativa es una solución aparente. La alternativa no es por sí misma la forma de una proposición descriptiva, pues es una forma en la que se puede expresar tanto una proposición descriptiva como una prescriptiva, según que esté compuesta por términos descriptivos o por términos de valor (que tienen función prescriptiva) o con otras prescripciones.

21. ¿SE PUEDEN REDUCIR LAS PROPOSICIONES PRESCRIPTIVAS A PROPOSICIONES EXPRESIVAS?

Diferente tentativa de reducción de las proposiciones prescriptivas, diferente pero, a nuestro parecer, poco convincente, es aquella que consiste en afirmar que las proposiciones prescriptivas no son sino una formulación de proposiciones expresivas. Esta tesis se formula de este modo: decir "tú debes hacer X" o bien "haz X" equivale a decir "Yo deseo (o yo querría, etc.) que tú hagas X". El mandato se podría reducir, en última instancia, a la expresión de un estado de ánimo y consistiría en la comunicación de un estado de ánimo a otros.

Tampoco esta reducción nos parece convincente y para demostrar nuestra perplejidad aducimos, también aquí, tres argumentos:

1. No hay duda que yo puedo formular una orden en la forma de una expresión de deseo o de voluntad.

Cuando por ejemplo digo a mi hijo: "Deseo (o quiero) que tú hagas la tarea", mi intención no es la de suscitar en él un deseo igual sino de hacerle ejecutar dicha acción. Pero, como ya hemos dicho varias veces, lo que permite distinguir diferentes tipos de proposiciones no es la forma en que se expresan, sino su funcionalidad. Ahora bien, respecto a la funcionalidad, permanece siempre insuperable la diferencia entre el hacer participar a otros de un estado de ánimo y el hacer cumplir una cierta acción. Se puede decir, cuando más, que la evocación de un estado de ánimo es preparatoria al cumplimiento de una acción, o, más generalmente, a la modificación de un comportamiento. Pero de igual manera, como ya habíamos visto, una información acerca de las circunstancias y las consecuencias de la acción que se desea que se cumpla, es preparatoria de la acción.

2. Una segunda consideración, más decisiva, es la siguiente: un mandato es tal en función del resultado que este consigue, independientemente del sentimiento que evoca en la persona del destinatario. No es en manera alguna indispensable que el destinatario ejecute la orden después de haber participado en el estado de ánimo de quien la ha enunciado. Una orden queda como tal aunque el destinatario la ejecuta con un estado de ánimo diferente del de quien la profiere. El estado de ánimo del padre

que ordena estudiar al hijo, está determinado por el valor que este le atribuye al estudio para la formación cultural o para alcanzar un título de estudio. El hijo que cumple puede, en cambio, estar determinado al cumplimiento del mandato únicamente por la sujeción a la autoridad paterna o por el temor a un castigo. En este caso, el mandato cumple su función independientemente de la participación del sujeto activo y del sujeto pasivo, en la valoración igual. Esto se ve habitualmente en el mundo del derecho, en el cual la relación entre el legislador y los ciudadanos no es necesariamente de participación en una valoración igual de la oportunidad o de la justicia de la ley: el legislador, al dictar una ley, puede hacer una valoración diferente de la que hace el ciudadano al obedecerla. Pero la ley es tal por el hecho que cumple con la propia función de ejercer una influencia en el comportamiento de los ciudadanos. Lo que importa a la ley para que sea un mandato no es la transmisión de ciertas valoraciones y, por consiguiente, de ciertos sentimientos en los cuales se originan dichas valoraciones, sino que ella se cumpla cualesquiera que sean las valoraciones que determinen su ejecución. Puede darse comúnmente que dos ciudadanos cumplan la misma ley por razones diversas. Es claro en este caso que la ley ha ejercico su función de prescripción sin haber desarrollado aún la función de proposición expresiva.

3. Finalmente, se puede añadir la consideración de que una ley permanece en el tiempo y, como dicen los juristas, durante su existencia se separa de la voluntad del legislador, y continúa con su función de mandato independientemente de las valoraciones que le dieron origen. Aun las valoraciones que la originaron pueden haber desaparecido, y, no obstante, la ley continúa siendo ley y determinando el comportamiento de los ciudadanos. En este caso sería bastante difícil decir cuál es la valoración que la ley manifiesta. No manifiesta claramente ninguna. Sin embargo, mientras sea obedecida es un mandato.

22. IMPERATIVOS AUTÓNOMOS Y HETERÓNOMOS

Con las consideraciones precedentes tratamos de demostrar la autonomía de la categoría de las proposiciones prescriptivas en relación con las otras dos categorías de las proposiciones descriptivas y expresivas. Ahora debemos tratar de precisar mejor esta característica, distinguiendo en ella diferentes tipos de prescripciones. La categoría de las prescripciones es vastísima: comprende tanto las normas morales como las reglas de la gramática, tanto las normas jurídicas como las prescripciones de un médico. Aquí explicamos tres criterios fundamentales de

distinción: 1. respecto a la relación entre sujeto activo y pasivo de la prescripción (parágrafo 22); 2. respecto a la forma (parágrafo 23); 3. respecto a la fuerza obligante (parágrafos 24 y 25). No excluimos que pueda haber otros. Aquí nos interesan estos tres criterios de distinción porque tienen una particular relevancia en el estudio de las normas jurídicas.

Respecto a la relación entre sujeto activo y pasivo, se distinguen los imperativos *autónomos* de los *heterónomos*. Se denominan autónomos aquellos imperativos en los cuales la misma persona es quien establece la norma y quien la ejecuta. Se llaman heterónomos aquellos imperativos en los cuales quien dicta la norma y quien la ejecuta son dos personas diversas.

Esta distinción es históricamente importante porque fue introducida por KANT (en los *Fundamentos de la metafísica de las costumbres*) para caracterizar los imperativos morales con relación a todos los demás imperativos. Para KANT los imperativos morales, y solo los imperativos morales, son autónomos. Son autónomos porque la moral consiste en los mandatos que el hombre en cuanto ser racional se da a sí mismo, y sin recibirlos de ninguna otra autoridad que no sea su propia razón. Cuando el hombre, en vez de obedecer a la legislación de la razón, obedece a los instintos, a las pasiones, a los intereses, sigue imperativos que lo desvían del cumplimiento de sí mismo, pues su comportamiento consiste en estos casos en una adhesión a principios que están fuera de él, y en cuanto tal deja de ser un comportamiento moral. Con las mismas palabras de KANT: "*La autonomía* de la voluntad es la cualidad que tiene la voluntad *de ser ley por sí misma*", y en antítesis: "Cuando la voluntad busca la ley que debe determinarla en medios distintos de los encaminados a instituir como propia una legislación universal, y cuando, en consecuencia, excediéndose a sí misma, busca esta ley en la calidad de algunos de sus objetos, de ello resulta siempre una *heteronomía*. La voluntad no se da entonces a sí misma la ley, es el objeto por el contrario el que se la da, gracias a sus relaciones con ella"[1].

La distinción entre imperativos autónomos y heterónomos tiene importancia para el estudio del derecho, porque ha constituido uno de los muchos criterios con los cuales se ha querido distinguir la moral del derecho. Siguiendo a KANT, se ha dicho que la moral se expresa siempre en imperativos autónomos y el derecho en imperativos heterónomos, comoquiera que el legislador moral es interno y el legislador jurídico es externo. En otras palabras, esta distinción tiende a establecer que cuando nos comportamos moralmente no obedecemos a nadie distinto de nosotros mismos, y cuando actuamos jurídicamente obedecemos las leyes que, por el contrario, nos son impuestas por otros.

[1] Las dos citas son tomadas de la traducción it. de la *Fondazione della metafisica dei costumi*, ed. Paravia, págs. 67 y 68.

Aquí no discutimos esta distinción. Nos limitamos a suscitar ciertas dudas que pueden ser utilizadas para distinguir la moral del derecho o, de todos modos, para identificar el derecho con las normas heterónomas. Si nosotros prescindimos del modo como KANT planteó el problema de la moralidad, debemos convenir que hay sistemas morales fundados en la heteronomía. Una moral religiosa, por ejemplo, que fundamenta los preceptos morales en la voluntad de un ser supremo, es una moral heterónoma, sin que por esto pueda confundirse con un sistema jurídico. Los diez mandamientos y las prescripciones que de ellos se puedan derivar fundamentan un sistema moral heterónomo, pero no crean por sí mismos un ordenamiento jurídico. Y así, si consideramos un sistema moral opuesto al fundamento en la voluntad divina, por ejemplo, un sistema moral inspirado en la filosofía positivista, por el cual la moral es el complejo de las normas sociales que provienen de las relaciones de convivencia entre los hombres en el curso de su historia, y forman lo que se denomina el *ethos* de un pueblo, también en este caso nos encontramos frente a una moral heterónoma, que no por esto se torna de inmediato en un sistema jurídico.

Por otra parte, no se ha dicho que los imperativos autónomos no se puedan encontrar también en el campo del derecho, ni que el derecho, solo por esto, se confunda con la moral. El concepto de autonomía es utilizado, en el sentido propio de normas o conjunto de normas en las que el legislador y el ejecutor se identifican, tanto en el derecho privado como en el derecho público. En el derecho privado se habla del ámbito de la *autonomía privada* para indicar la reglamentación de comportamientos que los ciudadanos se dan a sí mismos, independientemente del poder público (el poder público solo la delimita y la reconoce).

Podemos entender un contrato como una norma autónoma, en el sentido de que es una regla de conducta que se deriva de la misma voluntad de las personas que a ella se someten. En un contrato quienes ponen las reglas y quienes deben cumplirlas son las mismas personas. Lo mismo se puede decir de un tratado internacional, que da origen a reglas de comportamiento que valen solamente para los Estados que han participado en la estipulación del tratado. En el campo del derecho público el ideal al cual tiende el Estado moderno es el *Estado democrático*. Pero, ¿acaso el Estado democrático no es aquel que se funda en el principio de la autonomía, o sea, en el principio de que las leyes, que deben ser cumplidas por los ciudadanos, deben ser hechas por los mismos ciudadanos? El teórico del Estado Moderno, ROUSSEAU, define en forma bastante clara el principio inspirador de la democracia en términos de autonomía, cuando dice (con una fórmula que inspiró

el mismo KANT): "la libertad consiste en la obediencia a la ley que cada uno se ha prescrito" (*Contrato social*, cap. VIII. Hoy podemos leer en uno de los tratados más difundidos de teoría del Estado, el de KELSEN, en la distinción entre los dos tipos de regímenes contrapuestos, el democrático y el autocrático, fundada en la distinción entre autonomía, que es la de característica del régimen democrático, y heteronomía, como característica del régimen aristocrático. Es claro que un Estado con una legislación perfectamente autónoma es un ideal-límite, realizable solo allí donde la democracia indirecta, que se practica en los Estados Modernos, se sustituyese por la democracia directa, o sea, la democracia sin representación (que, por lo demás era el ideal de ROUSSEAU). Esto no impide que tenga sentido hablar de autonomía también con relación a las normas jurídicas y que, por lo tanto, la distinción entre normas autónomas y normas heterónomas, prescindiendo de la particular acepción acogida por KANT, no puede ser utilizada para distinguir la moral del derecho.

23. IMPERATIVOS CATEGÓRICOS E IMPERATIVOS HIPOTÉTICOS

Otra distinción que se remonta a KANT, y que ha sido también utilizada, como veremos en seguida, para distinguir la moral del derecho, es la distinción entre imperativos categóricos e imperativos hipotéticos. Esta distinción reposa en la forma como se expresa el mandato o sea con un juicio categórico o con un juicio hipotético.

Imperativos categóricos son aquellos que prescriben una acción buena en sí misma, o sea una acción buena en sentido absoluto, que debe ser cumplida *sin condiciones*, o sea, sin ningún otro fin diferente al cumplimiento de la acción en cuanto acción obligatoria. Es un imperativo categórico el siguiente: "No debes mentir". Imperativos hipotéticos son aquellos que prescriben una acción buena para lograr un fin, o sea, una acción que no es buena en sentido absoluto, sino que es buena solamente si se desea, o si se debe obtener un cierto fin, y por tanto se cumple *condicionalmente* a la obtención del fin. Es un imperativo hipotético el siguiente: "Si deseas mejorarte del resfriado debes tomar aspirina". Los imperativos categóricos serían propios, según KANT, de la legislación moral, y se pueden, por tanto, llamar normas éticas.

En cuanto los imperativos hipotéticos, estos se distinguen, a su vez, según KANT, en dos subespecies considerando si el fin que la norma persigue, como dice KANT, es un fin *posible* o un fin *real*, esto es, si el fin es tal que los hombres pueden perseguirlo o no, o también si es obligatorio perseguir tal fin. Ejemplo del primer fin es el de las reglas que KANT

llama de *habilidad*, como por ejemplo: "Si deseas aprender latín debes hacer ejercicios de traducción del italiano al latín"; ejemplo del segundo fin es el de la regla que KANT llama de *prudencia*, como por ejemplo: "Si quieres ser feliz, debes dominar las pasiones". Este segundo fin se distingue del primero porque, al menos según KANT, la felicidad es un fin cuya obtención no se ha dejado a la libre voluntad del individuo, como la de aprender latín, sino que es un fin intrínseco a la misma naturaleza del hombre. En rigor, un imperativo de este género, aunque condicionado (o sea, condicionado a la obtención de un fin) no se expresa con una proposición hipotética. Su fórmula correcta es: "Como debes Y, debes X". Según la terminología de KANT, que podemos adoptar, los imperativos condicionados del primer tipo son normas técnicas y los del segundo tipo son normas pragmáticas. Concluyendo, para KANT, con base en la fórmula se pueden distinguir tres tipos de normas: la norma ética, cuya fórmula es "Debes X"; la norma técnica, cuya fórmula es "Si quieres Y, debes X"; la norma pragmática, cuya fórmula es "Como debes Y, debes también X".

Mientras en cuanto a lo que se refiere a la distinición entre normas autónomas y heterónomas se nos pregunta si ella es de alguna utilidad para la mejor comprensión de las normas jurídicas, aquí, en cuanto a lo que se refiere a la distinción entre imperativos categóricos e imperativos hipotéticos, el problema que se plantea consiste en saber si tiene fundamento esta distinción, esto es, si los imperativos hipotéticos, en particular las normas técnicas, pueden considerarse imperativos propiamente dichos. De esto se duda. Se ha anotado que las normas técnicas se derivan, comúnmente, de una proposición descriptiva en la que la relación entre una causa y un efecto se ha convertido en una relación de medio a fin, en la cual a la causa se ha asignado el valor de medio y al efecto el valor de fin. La norma técnica: "Si deseas hacer hervir el agua debes calentarla a 100 grados", en la cual la ebullición es el fin y el calentamiento el medio, se deriva de la proposición descriptiva: "El agua hierve a 100 grados", en la cual el calor de 100 grados es la causa y la ebullición el efecto. El imperativo hipotético "Si deseas mejorarte del resfriado, toma aspirina" se deriva de la proposición prescriptiva "la aspirina quita el resfriado". Ahora bien, si el imperativo tiene la función de producir en la persona a quien se dirige la obligación de comportarse de un determinado modo, no se ve qué obligación se derive de un imperativo hipotético de aquella especie; en efecto, la elección del fin es libre (y, por tanto, no es obligatoria), y una vez elegido el fin, no puede decirse que el comportamiento que de ello se deriva es obligatorio porque es necesario, en el sentido de una necesidad natu-

ral, y no jurídico ni moral. Si yo deseo hervir el agua, el calentarla a 100 grados no es consecuencia de una norma sino de una ley natural, la cual no me obliga, sino que me constriñe a comportarme de ese modo.

Efectivamente, si todos los imperativos hipotéticos fueran normas técnicas del tipo hasta ahora descrito, es muy discutible que se puedan considerar imperativos, comoquiera que el comportamiento que ordenan, cuando es cumplido, no lo es en razón de una orden, sino en razón de una necesidad natural. Pero no todos los imperativos hipotéticos pueden adscribirse al tipo de las normas técnicas hasta ahora descrito. Hay, como veremos, imperativos hipotéticos en el derecho; inclusive, según algunos, todos los imperativos jurídicos son hipotéticos. La norma que establece, por ejemplo, que la donación debe hacerse por documento público, puede formularse en forma hipotética de este modo: "Si quieres efectuar una donación debes hacerlo por documento público". La característica de un imperativo hipotético de este tipo es que la consecuencia o el fin no es el efecto de una causa en sentido natural sino que es una consecuencia que se imputa a una acción, considerada como medio por el ordenamiento jurídico, es decir, por una norma. Aquí la relación medio-fin no es la conversión en forma de regla de una relación entre causa y efecto, sino de una relación entre un hecho cualificado del ordenamiento como condición y otro hecho que el mismo ordenamiento califica como consecuencia. De aquí se desprende que en este caso, una vez elegido el fin, que es libre —según el ejemplo, donar algo a otro—, la acción que ejecuto para obtener el fin —de acuerdo con el ejemplo, suscribir un documento público— no es la adecuación a una ley natural, sino a una regla de conducta, o sea a una verdadera y propia prescripción, y se puede hablar propiamente de acción obligatoria. Así, mientras se puede dudar que muchos de los denominados imperativos hipotéticos son verdaderos imperativos, no se puede excluir que hay prescripciones que asumen la forma de imperativos hipotéticos, o sea, de imperativos que no imponen una acción como buena en sí misma, sino que al atribuir una acción determinada cierta consecuencia (favorable o desfavorable), inducen a cumplir aquella acción, no por sí misma, sino porque ella se convierte en el medio para lograr un fin (cuando la consecuencia atribuída es favorable) o para evitarlo (cuando la consecuencia atribuída es desfavorable).

24. Mandatos y consejos

El último criterio de distinción que aquí consideramos, en el ámbito de las proposiciones descriptivas, se relaciona con la fuerza vinculante.

Hasta ahora hemos hablado de imperativos (o mandatos). Pero los imperativos (o mandatos) son aquellas prescripciones que tienen mayor fuerza vinculante. Esta mayor fuerza vinculante se expresa diciendo que el comportamiento previsto por el imperativo *es obligatorio* o, en otras palabras, que el imperativo genera una *obligación* a la persona a quien va dirigido. Imperativo y obligación son dos términos correlativos: cuando existe el uno, existe el otro. Se puede expresar el imperativo en términos de obligatoriedad de la acción-objeto, así como se puede expresar la obligatoriedad en términos del mandato-sujeto. Pero no todas las prescripciones, o para decirlo mejor, no todas las proposiciones con que tratamos de determinar el comportamiento de los demás dan lugar a obligaciones. Hay modos más suaves o menos vinculantes de influir en el comportamiento de los demás. Aquí examinamos dos tipos que tienen particular relevancia en el mundo del derecho: los *consejos* y las *peticiones*.

Aun cuando en el estado actual de la teoría general del derecho el problema de la distinción entre mandatos y consejos se ha dejado por lo general en silencio (solo se encuentran algunas referencias en la *Juristische Grundlehre* de F. SOMLO, págs. 179 y ss.), la disputa es antigua: los teólogos conocen la diferencia entre los consejos y evangélicos, que son aquellas máximas de Cristo, cuyo contenido no es obligatorio, sino pura y simplemente recomendaciones para alcanzar la más alta perfección espiritual, y los preceptos o mandamientos, cuyo contenido, por el contrario, es obligatorio. Basándose en esta distinción no hubo tratadista antiguo del derecho natural que no tocara la cuestión y que no haya discutido la validez y los criterios de la misma; así, en una larguísima nota a GROCIO, que había admitido la distinción, el traductor y comentador JEAN BARBEYRAC afirma que ella no es sostenible y que, por consiguiente, no se pude hablar de consejos morales, porque donde se encuentran aquellas máximas que se denominan consejos, como, por ejemplo, la máxima de no volverse a casar o de permanecer célibes, o se indica una acción indiferente (y entonces no es ni mandato ni consejo) o bien, se indica una acción obligatoria en determinadas circunstancias y para ciertas personas (y entonces es un mandato). Además, BARBEYRAC sostiene que la distinción es perjudicial porque puede desviar a los hombres de la virtud (véase *De iure belli ac pacis*, traducción de BARBEYRAC, I, 2, 9, n. 19).

Hay que observar también que la distinción entre mandatos y consejos puede servir para distinguir el derecho de la moral así como han servido las distinciones entre normas autónomas y heterónomas, y entre normas categóricas e hipotéticas. Debería decirse entonces que solo

el derecho obliga, y la moral se limita a aconsejar, a dar recomendaciones que dejan al individuo libre (o sea, solo al responsable) de seguirlas o no seguirlas. Cirtamente, el autor al cual se debe por fuerza atribuir una mejor distinción de este género, es a THOMAS HOBBES, quien en su *Leviatán* dedica un capítulo entero (el vigesimoquinto) a los consejos y a sus distinciones con los mandatos (en la edición italiana de Laterza, vol. I, págs. 202- 209). Los argumentos que HOBBES aduce para distinguir el mandato del consejo son sustancialmente cinco:

1) Respecto al sujeto activo: quien ordena tiene una autoridad que le da el *derecho* para mandar; quien aconseja no puede arrogarse el *derecho* (nosotros diremos, más exactamente, el poder) para hacerlo.

2) Respecto al contenido: los mandatos se imponen por la voluntad de quien los da (o sea, derivan su fuerza vinculante del hecho de ser expresión de una voluntad superior); los consejos logran determinar la acción de los demás en razón de su contenido (o sea, si son más o menos razonables); lo que quiere decir que el mandato se caracteriza por el principio *stat pro ratione voluntas*, y el consejo por el principio opuesto (los mandatos, en cuanto se confían al pretigio de una voluntad superior, se pueden dirigir a cualquiera, los consejos solo a las personas razonables).

3) Respecto a la persona del destinatario: en el mandato el destinatario está obligado a seguirlo, en tanto que en el consejo no lo está, o sea, es libre de seguirlo o no seguirlo; en otras palabras, se dice que el comportamiento previsto por el mandato es obligatorio y el previsto por el consejo es facultativo.

4) Respecto al fin: el mandato se imparte en interés de quien manda; el consejo se da en interés del aconsejado.

Respecto a la consecuencia: si de la ejecución de un mandato se deriva un mal, la responsabilidad es de quien manda; si ese mismo mal se deriva por haber seguido un consejo, la responsabilidad no es del consejero sino solo del aconsejado; esta distinción sirve de contrapeso, por así decirlo, a la precedente, porque si es cierto que quien ordena realiza mediante el mandato, su propio interés, de ellos de desprende que no puede descargar sobre el otro la responsabilidad de su propia ruina, mientras de la gratitud propia del consejo se deriva también la imposibilidad por parte del aconsejado de imputar la responsabilidad de la propia desgracia al consejero.

No creemos que todos estos caracteres diferenciales enumerados por HOBBES, tengan importancia. En particular, no creemos que sea importante el referente al sujeto activo, pues en el campo del derecho, por ejemplo, también para dar consejos (el denominado "poder consultivo") se necesita tener autoridad (o sea, el derecho, o menor, el poder)

para hacerlo; se trata de dos autoridades de diferente tipo, y probablemente de diverso peso, pero no se puede excluir que también el poder de aconsejar debe estar investido de una particular autoridad. Tampoco el cuarto argumento, relativo al fin, me parece aceptable, pues si bien es cierto que el consejo se da en interés del aconsejado, no quiere ello decir que el mandato sea impartido solo en interés de quien ordena, dado que sería en verdad ingenuo creer que las leyes se dictan solo en interés público, como sería también demasiado malicioso creer que se dictan solo en interés de quien tiene el sumo poder.

Los otros tres argumentos son mejores: teniendo en cuenta el contenido, es verdad que una ley se obedece generalmente solo porque es ley, independientemente de toda consideración sobre su contenido (antes bien con la convicción de que ordena cosas irracionales), mientras que al seguir el consejo, comoquiera que la ejecución es libre, cuenta, no tanto la autoridad del consejero (en el caso del consejero ciertamente más que una autoridad se habla de "competencia") como el estar convencido de que lo aconsejado es razonable, o sea, que es conforme a los fines que nos proponemos alcanzar. En cuanto al comportamiento de la persona del destinatario, aquí interviene la diferencia indudablemente más importante y que por sí sola bastaría para distinguir el mandato del consejo (aun cuando no es suficiente para distinguir el consejo de la petición): mientras estoy obligado a cumplir un mandato, estoy facultado para seguir o no seguir un consejo. Lo que significa que si y no cumplo un mandato, quien lo ha impartido no se desinteresa de la consecuencias que se deriven; pero si yo no sigo un consejo, el consejero se desinteresa de sus consecuencias ("Si no quieres lo que yo te digo tanto pero para ti": quien habla de este modo es una persona que no está investida de poder mandar, sino un consejero).

Por último, el quinto argumento referente a las consecuencias, también puede ser acogido aunque con cautela. Es cierto que el mandato pretende más del individuo al cual se dirige, pero lo compensa eximiéndolo de la responsabilidad del acto cumplido (existe en todos los ordenamientos jurídicos un artículo como el 51 de nuestro Código Penal* que excluye la punibilidad de una acción ejecutada en cumplimiento del propio deber o por orden de una autoridad superior), mientras que nadie puede substraerse a las consecuencias de las propias acciones aduciendo como pretexto haber seguido un consejo. Ninguna autoridad que impone órdenes y, por consiguiente, comportamientos obligatorios

* Nota del traductor: Código Penal italiano. Este principio está consagrado en el art. 29 del Código Penal colombiano.

podría decir lo que de ordinario advierte un consejero a quien se le dirige para obtener luces: "Esta es mi opinión, pero no asumo ninguna responsabilidad por lo que pueda sucederte".

25. Los consejos en el derecho

Aun cuando la teoría del derecho se ha dedicado mayormente al problema de distinguir entre mandatos y consejos, sin embargo esta distinción tiene una notoria importancia en todo ordenamiento jurídico. No todas las prescripciones que encontramos al estudiar un ordenamiento jurídico en su conjunto, son mandatos. Basta pensar que en todo ordenamiento jurídico junto a los órganos deliberantes están los órganos consultivos, los cuales tienen precisamente la competencia, no ya de impartir órdenes sino de dar consejos. De estos se dice que "no ejercen funciones de voluntad sino solo de apreciación técnica; estos están colocados junto a los órganos activos para iluminarlos con sus pareceres y con sus consejos" (Zanobini).

Aún más: basta pensar que en la teoría de los actos jurídicos se distinguen los actos de voluntad de los actos de representación y de sentimiento, y que mientras una orden se clasifica entre los actos de voluntad, un consejo o una opinión se clasifica entre los actos de representación, porque no es una declaración de voluntad sino que "su fin es siempre y solamente el de aconsejar: es la ley la que luego impone decidir de acuerdo con lo aconsejado" (Romano). Ahora bien, lo que caracteriza los actos de los órganos consultivos o consejos frente a los mandatos u órdenes es precisamente lo que habíamos explicado en el parágrafo precedente, esto es, el hecho de que estos tienen la función de guiar o dirigir el comportamiento ajeno, sin que esta guía tenga la eficacia de los mandatos, y que esta menor eficacia se revela en el hecho de que la persona o las personas a las cuales se dirigen no estén obligadas a seguirlos, o sea, lo que en el lenguaje jurídico se expresa diciendo que los consejos no son obligatorios (cuando se dice que un consejo es obligatorio no quiere decir que sea obligatorio seguirlo, sino que es obligatorio pedirlo, quedando en libertad luego de seguirlo o no). Esto no quiere decir que todos los actos que en el derecho se denominan "conceptos o dictámenes" sean consejos en el sentido ya explicado: se llaman consejos también aquellas relaciones sobre determinados proveimientos a seguir, cuyo fin no es el de guiar el comportamiento ajeno, sino solo de iluminar a quien debe tomar una decisión, esto es, como se suele decir, dar los suficientes elementos de juicio para que quien debe decidir lo haga con razones conocidas. En este caso el dictamen o concepto no tiene función directiva sino solamente

informativa. Desarrolla tarea de preparar el camino al mandato, de la cual habíamos hablado en el parágrafo 18.

Puesto que el consejo es una prescripción que tiene menos fuerza vinculante que el mandato, de ello se desprende que en un ordenamiento jurídico los órganos consultivos son órganos con función imperativa. Históricamente es dable observar que un cierto órgano se desarrolla y adquiere un peso mayor en un ordenamiento al transformarse de órgano consultivo en órgano legislativo (las leyes son la forma más perfecta de los mandatos del Estado), como acaeció con los parlamentos, que en el régimen de monarquía absoluta tenían funciones meramente consultivas, para tornarse en el régimen de monarquía constitucional, en órganos que participan en la función legislativa. Por el contrario, un órgano decae y se considera desautorizado, cuando, perdida la función legislativa, conserva solo la consultiva, como ocurrió con la segunda Cámara del Parlamento francés (el antiguo Senado) que, de acuerdo con la Constitución de 1946, tenía funciones meramente consultivas (y en efecto, ya no se denominaba Senado sino Consejo de la República). Está claramente demostrado que la función consultiva es la que caracteriza a los órganos que tienen menor prestigio con respecto de aquellos que tienen función imperativa, y ello lo demuestra claramente lo que sucede en el ordenamiento internacional, en el cual los organismos internacionales no tienen, en relación con los Estados (que conservan su soberanía), el poder de determinarlos obligatoriamente o sea de imponer sus mandatos, sino simplemente el poder de dirigirles sus *recomendaciones*. Esto, en la terminología del derecho internacional es la recomendación y en la terminología jurídica tradicional y en el lenguaje común corresponde al consejo, es decir, una proposición que aunque influye en el comportamiento ajeno no alcanza la eficacia máxima que tiene la obligatoriedad.

Del consejo y de la recomendación, que pertenecen a la misma *especie*, se distingue la exhortación. Es curioso que HOBBES, después de haber indicado las características del consejo del modo que expusimos, pase a hablar de la exhortación, y la defina como un *consejo distorsionado** por el hecho de que se expresa en interés del exhortante (el consejo se dirige en interés del aconsejado) y está dirigido a una muchedumbre pasiva (el consejo presupone que la persona del aconsejado es un individuo que razona). HOBBES es muy libre de llamar "exhortación" al mal consejo, cuando el consejo lo han dado

* N. T. HOBBES lo denomina "counsel vehemently pressed" *Leviatán*, New York, Meridian Books, New York, 1963, pág. 238.

consejeros corruptos, como dice él, pero nosotros no creemos que está sea una definición conveniente. Lo que se suele denominar "exhortación" no se distingue del consejo con base en un juicio de valor: ¿acaso la exhortación del padre al hijo para que estudie es un consejo desviado de su función principal? En mi opinión, el criterio de distinción es otro; con el consejo se busca modificar el comportamiento de los demás, exponiendo los hechos o las razones (se podría decir que el consejo es una combinación de elementos prescriptivos y descriptivos); con la exhortación se tiende a conseguir el mismo efecto suscitando sentimientos (se podría decir que la exhortación es una combinación de elementos prescriptivos y emotivos). Con palabras del lenguaje común se puede decir que el consejo habla al intelecto, y de ahí la mesurada y rígida frialdad del consejero (representado en un sabio), en tanto que la exhortación habla al corazón, con el calor del tribuno, del retórico, de la persona afectada, etc. (el médico le aconseja al niño tomar una cierta medicina, la mamá lo exhorta a tomarla). Al contrario de los consejos, las exhortaciones no parecen tener relevancia directa en un ordenamiento jurídico.

26. Mandatos y peticiones

Hay otro tipo de proposiciones que, aunque corresponden a la categoría de las prescripciones, se distinguen de los mandatos propiamente dichos, por tener una menor fuerza vinculante.

Son las denominadas peticiones, o sea, aquellas proposiciones con las que nosotros intentamos que otro haga algo a nuestro favor, pero sin obligarlo a ello. A la clase de las peticiones pertenecen los ruegos, las súplicas, las invocaciones, las imploraciones, las solicitudes (en el sentido técnico administrativo de la palabra, por ejemplo, la solicitud para obtener el pasaporte). Si queremos recisar la diferencia entre mandatos y consejos por un lado, y entre mandatos y peticiones por el otro, sin usar nada diferente de la forma gramatical habitual y más correcta con la cual se expresan los tres tipos de prescripciones, podríamos decir que el mandato se expresa con un *quiero* por parte del sujeto activo y con un *debes* referido al sujeto pasivo; el consejo prescinde del "quiero" y referido al sujeto pasivo se expresa con un *deberías*; la petición prescinde del *debe* y se expresa por parte del sujeto activo con un *quisiera*. De esta formulación aparece ya la diferencia sustancial de la petición con el mandato y con el consejo. Respecto del mandato la diferencia fundamental es, como en el caso del consejo, la ausencia de una obligación de la persona a la cual se dirige la petición. Respecto del consejo la diferencia fundamental está en el hecho de que el consejo se da en interés

de la persona del aconsejado, y la petición, por el contrario, se expresa en interés de la persona que la lleva a cabo. En el mandato, el interés puede estar tanto en quien manda como en quien es mandado o al mismo tiempo en embos. En el consejo, el interés es siempre del sujeto pasivo; en la petición, lo es siempre del sujeto activo. Si digo: "te aconsejo no fumar", es señal de que me importa tu salud, pero si digo "te ruego que no fumes", señal es de que me preocupa la mía. Cuando se lee: "Está prohibido fumar" (y no se trata ni de un consejo ni de una petición, sino de un mandato), es difícil decir cuál es el interés predominante, pues muy probablemente el interés del dueño del local es el mismo de los espectadores.

Un ordenamiento jurídico, así como contempla los consejos junto a los mandatos, contempla también varias especies de peticiones. Se trata de actos con los cuales se provoca, o mejor, se trata de provocar una decisión a nuestro favor: se pueden distinguir las instancias, las solicitudes, las peticiones propiamente dichas, las súplicas y otras más. Mientras el poder de aconsejar se atribuye generalmente a los órganos públicos, el poder de proponer peticiones (el poder de petición) se atribuye generalmente a los particulares. Y se comprende que sea así, pues el consejo tiene la función de orientar una decisión, y la petición solamente tiene la de provocarla. Si se interpreta el mandato como si estableciera una relación entre un poder y un deber (un derecho y una obligación), lo que no se da en el consejo es sobre todo el deber, y en la petición sobre todo el poder. En el consejo sobresale, respecto del mandato, la ausencia de la obligación de seguirlo; en la petición siempre sobresale, respecto del mandato, la ausencia del derecho de obtener lo que se pide.

Una última observación. Así como distinguimos los consejos de las exhortaciones con base en la diferencia entre apelar a datos, hechos, razonamientos, informaciones, y apelar a sentimientos, así también en la especie de la petición se pueden distinguir las que se inspiran en un modelo de tipo informativo y las que se inspiran en un modelo de tipo emotivo: estas últimas son las *invocaciones* o *súplicas*. La diferencia entre una petición para obtener un permiso de caza y una petición de gracia está en los diferentes argumentos que se usan, y que son allá claramente situaciones de hecho y aquí argumentos de tipo retórico persuasivo. La primera es un compuesto prescriptivo-descriptivo, la segunda un compuesto prescriptivo-emotivo.

CAPÍTULO IV

PRESCRIPCIONES Y DERECHO

27. EL PROBLEMA DE LA IMPERATIVIDAD DEL DERECHO

Según una vieja doctrina, conocida con el nombre de *teoría de la imperatividad del derecho*, o de las normas jurídicas como *mandatos* (o imperativos), las proposiciones que componen un ordenamiento jurídico pertenecen a la esfera del lenguaje prescriptivo. Citemos aquí dos pasajes de la escuela. El de CICERÓN que dice: "*legm esse aeternum quiddam, quod universum mundum regeret, imperandi prohibendique sapienta...aut cogentis aut vetantis...ad iubendum et ad deterrendum idonea*" (*De leg.*, II c, núm. 8); y el de MODESTINO que dice "*legis virtus haec est imperare, vetare, permittere, punire*" (D. 1.7 *De legibus*, 1, 3). Se puede añadir que esta es también la doctrina más común entre los juristas, la que constituye aún hoy, no obstante las críticas que se le han hecho, la *communis opinio*.

Junto a la teoría imperativista, según la cual todas las normas jurídicas son imperativas, y en la que la imperatividad se ha elevado a carácter constitutivo del derecho, se han sostenido doctrinas mixtas, según las cuales solo una parte de las proposiciones que componen un ordenamiento jurídico son imperativas, y doctrinas negativas, según las cuales las proposiciones que componen un ordenamiento jurídico no son imperativas. Examinaremos en este capítulo estas diferentes teorías y sus diversas formulaciones, y del examen crítico intentaremos sacar nuestras conclusiones.

La formulación clásica de la doctrina imperativista exclusiva, a la cual se refieren todos aquellos que sucesivamente la han sustentando, se encuentra en la obra del jurista alemán AUGUSTO THON, *Norma giuridica e diritto soggetivo* (1878[1], una de las tres grandes obras de teoría general del derecho que, en la década del 70 al 80, sentaron las

[1] Cito la traducción italiana, a cargo de A. LEVI 2ª ed., Padova, Cedam, 1951.

bases de gran parte de las doctrinas sostenidas y de las discusiones entabladas entre los juristas continentales en torno a los conceptos fundamentales de la ciencia jurídica. Las otras dos son: *Lo scopo nel diritto* de R. VON IHERING (1877) y *Le norme e la loro violazione* de K. BINDING (los dos primeros volúmenes son respectivamente de 1872 y 1877).

Desde la primera parte del libro, THON expone claramente su pensamiento con estas palabras: "Por medio del derecho el ordenamiento jurídico... *tiende a dar a todos aquellos que están sujetos a sus decisiones un impulso hacia un comportamiento determinado*, sea que este consista en una acción, o bien en una omisión. Tal impulso es ejercido *por medio de preceptos* de contenido positivo o negativo" (pág. 12). Las palabras que hemos subrayado pueden considerarse como una explicación de la definición dada ya en otras ocasiones de las proposiciones prescriptivas como proposiciones que tienen por fin la modificación del comportamiento ajeno. Esta doctrina se formula sintéticamente un poco más adelante con las siguientes palabras: "Todo el derecho de una sociedad *no es otra cosa que un conjunto de imperativos*, en el cual sus elementos están tan estrechamente ligados que la desobediencia de unos constituye a menudo el presupuesto de lo que otros han ordenado".

Debe observarse que, aunque la teoría imperativista del derecho marcha hombro a hombro (en la mayor parte de sus defensores) con la estatalista, de acuerdo con la cual las únicas normas jurídicas son las dictadas por el Estado, y con la coactivista, según la cual es característica de las normas jurídicas la coercibilidad o la coacción, y, además, que aun cuando la crisis de la segunda y de la tercera (debida a la presencia y al predominio de la teoría de la pluralidad de los ordenamientos jurídicos), sin embargo, THON no es ni estatalista ni coaccionista. Por un lado reconoce que puede haber ordenamientos jurídicos diferentes de los estatales, y por el otro, es fiero adversario de aquellos que, como IHERING, consideran la coacción como un elemento indispensable para distinguir la norma jurídica de la no jurídica. La teoría imperativista nace en la actual teoría general del derecho sin compromisos con otras teorías, como la teoría estatalista y la teoría coactivista, que serán luego una de las razones de su decadencia.

Para dar una idea del buen éxito de la teoría imperativista en Italia, me limito a citar a un jurista y a un filósofo del derecho, quienes por su reconocida autoridad, pueden ser considerados como expresión válida de la difusión de la doctrina. FRANCESCO CARNELUTTI en su *Teoria generale del diritto* (2ª edición, Roma, 1946) escribe: "Con la fórmula de la imperatividad se quiere denotar que el mandato es el *elemento*

indefectible del ordenamiento jurídico o, en otras palabras, el *simple o primer producto del derecho*; ya se dijo que si el ordenamiento era un organismo, el mandato representaba la célula" (págs. 67 y 68). En cuanto a la definición de "mandato", CARNELUTTI pertenece al grupo de quienes ven una relación de interdependencia entre mandato y sanción (ver la teoría expuesta en el parágrafo 20). Para él el mandato es "la conminación de una sanción a quien observe determinada conducta" (pág. 35). En las *Lezioni di filosofia del diritto* de GIORGIO DEL VECCHIO (9ª edición, Roma, 1953) leemos: "Importantísimo y esencial carácter de la norma jurídica es la *imperatividad. No podemos concebir una norma que no tenga carácter imperativo*, así sea en determinadas condiciones. El mandato (positivo o negativo) es un elemento integrante del concepto de derecho, porque este... pone siempre frente a frente dos sujetos, atribuyéndole a uno una facultad o pretensión, e *imponiéndole al otro un deber, una obligación correspondiente. Imponer un deber significa precisamente mandar*" (pág. 230). Con fundamento en esta definición excluye del ámbito del derecho tanto las "afirmaciones u observaciones de hecho", o sea, lo que hemos denominado proposiciones descriptivas, como las formas atenuadas de imposición, como los consejos y las exhortaciones.

Puede ser interesante observar que de los tres requisitos habituales de la norma jurídica, la imperatividad, la estatalidad y la coactividad, THON, como habíamos visto, acoge solamente el primero, mientras que DEL VECCHIO acoge, tanto el primero como el segundo, mas no el tercero, y CARNELUTITI, acoge los tres. Para DEL VECCHIO la norma jurídica, además de la característica de la imperatividad, debe tener también la de la coercibilidad; para CARNELUTTI, además de la imperatividad y de la coercibilidad, debe tener también la estatalidad. Pero, a pesar de que parten de un punto común, las tres teorías se diferencian a lo largo del camino: lo que para nosotros es una prueba de la complejidad de los problemas y de la pluralidad de los puntos de vista, y a la vez una invitación a una cierta precaución crítica frente a toda teoría.

28. IMPERATIVOS POSITIVOS Y NEGATIVOS

Los imperativos se distinguen, como veremos mejor en el último capítulo, en imperativos positivos y negativos, o sea, en mandatos de hacer y mandatos de no hacer (estos últimos se denominan comúnmente "prohibiciones"). Un ejemplo de los primeros: "El usufructuario *debe* restituir las cosas que son objeto de su derecho, al término del usufructo..." (art. 1001 del C. C. italiano); un ejemplo de los segundos: "El propietario *no puede* realizar actos que tengan como fin únicamente perjudicar o causar molestia a los demás" (art. 833 del C. C. italiano).

Aun partiendo de la tesis de que las normas jurídicas son imperativos, la primera pregunta que se hacen los teóricos del derecho es la siguiente: ¿el derecho se compone de imperativos de ambas especies? La pregunta, a decir verdad, parece un poco gratuita, porque bastarían los dos ejemplos citados arriba para responder que en un ordenamiento jurídico se encuentran tanto imperativos positivos como negativos. Sin embargo, hay quien no solo se ha hecho la pregunta sino que la ha respondido sosteniendo que la característica del derecho, en relación con la moral, es la de estar constituido solamente por imperativos negativos. Es claro que la pregunta adquiere sentido por el hecho de estar formulada no ya respecto a esta o aquella norma jurídica particular sino al derecho en su conjunto, o sea que se trata de una pregunta de este tipo: "¿Existe un criterio general para distinguir las normas jurídicas de las morales?". Ya habíamos visto algunos de estos criterios y encontraremos otros.

Se puede decir que no habido criterio de clasificación de las normas que no haya sido utilizado para tratar de resolver el mayor rompecabezas de la filosofía del derecho, o sea, distinguir el derecho de la moral. Uno de estos criterios es precisamente aquel que permite distinguir los imperativos en mandatos y en prohibiciones. Algunos jusnaturalistas, y citamos particularmente a CHRISTIANUS THOMASIUS —a quien por prolongada costumbre se le ha querido atribuir nada menos que el origen de la moderna filosofía del derecho— han afirmado, precisamente, que la distinción fundamental entre derecho y moral está en que la moral manda y el derecho prohíbe, y por tanto la característica del derecho es el estar constituido por imperativos, pero solamente por imperativos negativos. Para THOMASIUS el principio regulador de la moral (de lo *honestum*) era: "*Quod vis ut alii sibi faciant, tute tibi facies*", del *decorum* (que era el aspecto social de la moral): "*Quod vis ut alii tibi faciant, tu ipsis facies*"; del derecho, por el contrario: "*Quod tibi no vis fieri, alteri ne feceris*", lo que significaba para THOMASIUS que el derecho era respecto de la moral menos comprometedor porque mientras la moral nos obliga a hacer algo por los demás, como en la máxima "Ama a tu prójimo como a tí mismo", el derecho nos obliga, simplemente, a abstenernos de hacer el mal, como en la máxima *neminen laedere*. THOMASIUS decía también, para señalar esta diferencia entre la obligatoriedad positiva de la moral y la negativa del derecho, que las reglas del derecho impiden males mayores (o sea la guerra) y promueven el bien menor (la paz externa), mientras que las relativas a la honradez impiden el mal menor, porque su transgresión no hace daño sino a quien la infringe, pero promueven el bien mayor porque hacen al hombre lo más sabio posible.

En resumen, se puede decir que de esta doctrina se habría podido sacar como conclusión que la moralidad consistiría en el precepto de hacer el bien y el derecho en el de abstenerse de hacer el mal. Esta distinción de THOMASIUS es inaceptable. Preceptos positivos y negativos se mezclan en la moral y en el derecho. Y, por lo demás, LEIBNIZ criticó a THOMASIUS precisamente por esta distinción, y advirtió que no se podía, sino a costa de disminuir el valor, reducir el derecho a la obligatoriedad negativa; al contrario, decía él, el no hacer mal a los demás por el solo temor de recibir males no es obra de la justicia, sino de la prudencia. Para sostener su tesis LEIBNIZ aducía sustancialmente dos argumentos: 1) se dice que los gobernantes de un Estado son justos no solo porque se limitan a no hacer el mal a los ciudadanos sino por su dedicación a hacerles el bien (LEIBNIZ no tenía una concepción negativa sino positiva de la función del Estado); 2) ninguno de nosotros está satisfecho cuando los demás nos causan daño, pero pretendemos ser ayudados en caso de necesidad y cuando nos quejamos de ser abandonados en nuestra miseria, nos quejamos con justicia, de donde la justicia resulta ser para LEIBNIZ, algo más que simplemente no hacer el mal, sino el actuar de modo que los demás no puedan lamentarse de nosotros cuando en un caso análogo nos quejamos de los demás. Para confirmar esta concepción LEIBNIZ relegaba la máxima negativa del *neminem laedere* al primer estadio de las relaciones sociales que denominaba *ius proprietatis*, estadio en el cual el deber que compete a cada uno de los coasociados es deber negativo de no invadir la propiedad de los demás, y atribuía al estadio superior, que él denominaba *ius societatis*, la máxima positiva del *suum cuique tribuere*.

Si se quiere comprender la doctrina de THOMASIUS, es necesario recurrir a la teoría jusnaturalista del paso del estado de naturaleza al estado civil. El estado de naturaleza era aquel estado en el cual los hombres vivían en una libertad desenfrenada. Para salir del estado de naturaleza y entrar en el civil los hombres debían imponer restricciones a su libertad primitiva. Estas limitaciones consistían originariamente en mandatos negativos, de los cuales el primero y fundamental era el de no intervenir en la esfera de la libertad ajena. Concebido el surgimiento del estado civil como una limitación recíproca de la libertad, el derecho estaría configurado naturalmente como un conjunto de obligaciones negativas. El punto débil de esta doctrina consiste en que la función del derecho no es solamente la de hacer posible la coexistencia de las libertades externas (para esto solo bastarían las obligaciones negativas) sino también la de hacer posible la recíproca cooperación entre los hombres

que viven conjuntamente; y para el cumplimiento de esta segunda función serán necesarias también obligaciones positivas. Se puede decir, en conclusión, que la teoría del derecho como conjunto de prohibiciones proviene de una concepción demasiado restringida de las funciones del derecho y del Estado.

29. Mandatos e imperativos impersonales

En el ámbito de la teoría imperativista del derecho, siempre ha habido quien, aun admitiendo que se puede hablar de imperativos jurídicos, ha excluido que las normas jurídicas, por el solo hecho de ser imperativos, sean también mandatos. Hasta ahora la teoría imperativista del derecho y la afirmación de que las normas jurídicas son mandatos se han desarrollado paralelamente; inclusive, ha sido considerada hasta hoy, como *proprium* de la teoría imperativista, la tesis de que las normas jurídicas son mandatos. La doctrina que examinamos en este parágrafo, en cambio, introduce una nueva distinción entre mandatos e imperativos jurídicos, doctrina de acuerdo con la cual las normas jurídicas pertenecen a la segunda categoría y no a la primera.

Esta tesis ha sido sostenida por el jurista sueco Karl Olivecrona en un libro de 1939 *Law as Fact*, y repetida, con una variación con fines de precisión, en un ensayo posterior, publicado en italiano en el año de 1954 en la Revista "Jus" (págs. 451-468).

Olivecrona parte de una definición restringida de "mandato", afirmando que "un mandato presupone una persona que manda y otra a la cual se dirige el mandato" (pág. 35). Ahora bien, en la ley, según él, falta la persona del que ordena (hasta el punto de que, queriéndola encontrar a toda costa, los juristas han personificado al Estado). Observemos cómo se dicta una ley en un Estado constitucional: primero una comisión elabora un proyecto, luego el ministro la propone al Parlamento y, finalmente, el Parlamento la aprueba con la simple mayoría. ¿De cuál de todas estas personas se puede decir que expresó un mandato?

La teoría de Olivecrona se presenta como una teoría realista del derecho, o sea como una teoría que se dirige a despejar el terreno de todas las ficciones tradicionales que han impedido considerar los fenómenos jurídicos tal como son en la realidad; y una de estas ficciones sería la de identificar la ley con el mandato, que ha dado lugar a la teoría imperativista del derecho.

Expuesta la parte crítica, nuestro autor, en la parte constructiva, afirma que "sin ser mandatos reales. las normas jurídicas... han sido

dictadas en forma imperativa", lo que significa para él que no están expedidas en forma descriptiva. Pero, ¿acaso esto no significa caer de nuevo en la teoría imperativista? Responde que no, sosteniendo que hay proposiciones imperativas que no se confunden con los mandatos. ¿Cuáles son? Considerando la definición de mandato como imperativo que implica una relación personal, los imperativos que no deben confundirse con los mandatos son aquellos que "funcionan independientemente de una persona que ordena" (pág. 43). Estos imperativos los denomina *independientes*, y a esta categoría asigna las normas jurídicas (para dar otro ejemplo, los diez mandamientos). Por otra parte, los imperativos independientes se distinguen de los mandatos por otras dos razones: porque no se dirigen a una persona determinada en cuanto no dicen "tú debes hacer esto", sino "esta acción debe ser cumplida", y porque son reducibles a la forma de aserción, como cuando una norma del tipo "no se debe robar" es expresada en la forma equivalente, "es un hecho que no se debe robar" o bien "nuestro (o vuestro) deber es no robar".

Algunos años después OLIVECRONA reanuda el mismo pensamiento en el segundo ensayo citado, e insiste en la diferencia entre mandatos y proposiciones imperativas, considerando los mandatos como una especie particular de imperativos y como aquella especie en la que no se pueden encuadrar las normas jurídicas, las cuales, una vez más, se caracterizan con respecto a los verdaderos mandatos, principalmente por la falta de un sujeto activo determinado, y son denominadas con un nombre más apropiado, no ya con el de imperativos independientes, sino con el de *imperativos impersonales*. Reproduzco aquí la frase decisiva: "Por una parte está establecido que la ley tiene carácter imperativo, y, por la otra, que no contiene mandatos en sentido propio. Como consecuencia, la ley pertenece a la categoría de lo que aquí definimos como imperativo impersonal" (pág. 460).

La teoría de OLIVECRONA es una de las tantas tentativas que se han hecho, en la teoría general del derecho, de encontrar la nota distintiva de la norma jurídica respecto de otros tipos de normas, prescindiendo de consideraciones de fin o de contenido, o sea en un elemento formal. Las doctrinas más comunes han sido aquellas que para encontrar esta nota característica en un elemento formal, se fundamentan, o en la pluralidad de los destinatarios de la norma, distinguiendo las normas jurídicas como imperativos generales (es decir, dirigidos a una generalidad de personas), de los imperativos individuales, o en la tipicidad de la acción ordenada, distinguiendo las normas jurídicas como imperativos separados (o sea, que regulan una acción-tipo) de los imperativos concretos. La novedad de la doctrina de OLIVECRONA está en el hecho

de que, sin abandonar la vía formal, ha tratado de caracterizar las normas jurídicas, no ya en el sujeto pasivo ni en la acción-objeto, sino en el sujeto activo.

Sostenemos que la teoría de OLIVECRONA, como todas las precedentes tentativas de encontrar la nota característica de las normas jurídicas en un elemento formal, está destinada al fracaso por dos razones:

1) El ordenamiento jurídico es un conjunto complejo de reglas y como tal está compuesto de reglas de diverso tipo: toda teoría reduccionista, que trate de identificar la norma jurídica con un solo tipo de imperativos es unilateral, y, por tanto, está destinada a empobrecer arbitrariamente la riqueza de la experiencia jurídica.

2) Aun cuando se haya logrado fijar un tipo de imperativo que, si no es exclusivo, al menos se puede considerar prevalente en el derecho, es bien difícil que este tipo de imperativo no se encuentre en otras esferas normativas diversas de la jurídica.

Pienso que a la doctrina de los imperativos impersonales se pueden aplicar estos dos argumentos: por un lado, parece muy difícil demostrar que todos los imperativos jurídicos sean impersonales, pues bastaría citar la sentencia de un pretor (que ciertamente es un imperativo jurídico aunque se refiere a una persona determinada) o la ordenanza de un prefecto, si precisamente no se desea recurrir al caso extremo de una orden impuesta por un rey absoluto o por un déspota; y, por el otro, aun admitiendo que todos los imperativos jurídicos sean impersonales, no se puede excluir que haya imperativos impersonales en otros sistemas normativos: bastaría recordar los diez mandamientos, citados por el mismo OLIVECRONA, y las denominadas normas sociales en las cuales la impersonalidad es todavía más evidente que en las leyes dictadas por un Parlamento.

30. EL DERECHO COMO NORMA TÉCNICA

Podemos también considerar como otro ejemplo de teoría imperativista exclusiva, aunque bajo el signo de una particular acepción de "imperativos", la doctrina de ADOLFO RAVÀ, según la cual el derecho es, por sí, un conjunto de imperativos, pero de imperativos de la especie que con KANT (*supra*, parágrafo 23, pág. 58) se pueden llamar "normas técnicas". RAVÀ sostiene esta tesis, muy conocida para la ciencia jurídica italiana, en un libro de 1911, intitulado precisamente *Il diritto come norma tecnica*, publicado luego en el volumen *Diritto e Stato nella morale idealistica* (Padova, Cedam, 1950).

Partiendo de la distinción kantiana entre imperativos categóricos e imperativos hipotéticos, RAVÀ sostiene que las normas jurídicas pertenecen a los segundos y no a los primeros; en otras palabras, que el esquema de la norma jurídica no es del tipo "Debes X" sino del tipo "Si quieres Y, debes X". Los argumentos adoptados por RAVÀ para sostener su tesis son principalmente tres:

1. Las normas jurídicas prescriben no solo obligaciones sino también derechos subjetivos; ahora bien, ya sea que por "derecho subjetivo" se entienda una *facultad* de hacer o de no hacer, jurídicamente protegida, o se entienda una pretensión para obtener el cumplimiento de una obligación ajena, la figura del derecho subjetivo es incompatible con una norma ética. En efecto, la norma ética, que impone categóricamente una acción como buena en sí misma, establece solo obligaciones (no importa si positivas o negativas) pero no facultades ("un lícito moral —dice RAVÀ— es igualmente absurdo como sería absurdo un lícito lógico", pág. 26); y en segundo lugar, cuando yo esté determinado a comportarme únicamente de acuerdo con la pretensión ajena, ello quiere decir que la acción obligatoria no es buena en sí misma y no ha sido, por consiguiente, establecida por una norma categórica ("si verdaderamente la norma jurídica ordenase las acciones como buenas en sí mismas —así se expresa RAVÀ a este propósito— ¿cómo sería admisible que luego se dejara a otra persona el decidir si es obligatoria o no?, pág. 27).

2. El derecho es coercible. Ahora bien, una conducta que es lícito imponer por la fuerza no puede ser buena en sí misma porque cuando un mandato esté acompañado por una sanción, puedo optar siempre por desobedecer el mandato y sujetarme a la pena, como si la norma fuese formulada así: "Si no quieres ser castigado debes cumplir la acción prescrita"; mientras que cuando la acción es buena en sí misma, una elección de este género es imposible ("si la norma jurídica —así se lee en el libro de RAVÀ— ordena en ciertos casos el uso de la fuerza, esta no puede ser otra cosa que un medio para obtener un fin; o sea que entra en el concepto de la utilidad y no de la moral, de la técnica y no de la ética", pág. 29).

3. En todos los ordenamientos jurídicos hay muchas normas, como las que establecen los términos, que ordenan manifiestamente medios para alcanzar un fin, y no ya acciones buenas en sí mismas, y precisamente por este carácter técnico que tienen constituyen aquel aspecto de la elaboración de un ordenamiento que se denomina *tecnicismo jurídico*. "El carácter instrumental de los términos es tan evidente, que solo una observación muy superficial puede haber permitido que escape ese carácter de evidente" (pág. 31).

De estos argumentos RAVÀ saca la conclusión de que las normas jurídicas no imponen acciones buenas en sí mismas y por tanto categóricas, sino acciones buenas para alcanzar ciertos fines, y por consiguiente hipotéticas. ¿Cuál es el fin al que tienden las normas jurídicas? Se puede responder en líneas generales que este fin es la *conservación de la sociedad* y de allí proviene la siguiente definición: "El derecho es el conjunto de normas que prescriben la conducta que necesariamente deben observar los componentes de la sociedad a fin de que la sociedad misma pueda existir" (pág. 36). Precisado este fin, toda norma jurídica puede ser formulada con el siguiente modelo de imperativo hipotético: "Si quieres vivir en sociedad tu comportamiento debe ser acorde con las condiciones de la vida social".

Creo que para hacer plausible la doctrina de RAVÀ es necesario distinguir los dos diversos planos sobre los cuales se fundamenta: 1) el plano del ordenamiento jurídico en su conjunto, por cuanto se distingue de un ordenamiento de normas morales; 2) el plano de cada una de las normas que componen un ordenamiento jurídico.

En cuanto respecta al primer plano, la doctrina de RAVÀ significa que el ordenamiento jurídico en su conjunto es un instrumento para alcanzar cierto fin (la paz social). Este modo de considerar el derecho es similar al propuesto por KELSEN, cuando define el derecho como una *técnica de la organización social*. Si el derecho en su conjunto es una técnica, bien se puede decir que las normas que lo componen son normas técnicas, esto es, normas que establecen acciones no buenas en sí mismas, sino buenas para alcanzar aquel determinado fin a que está orientado todo el derecho. Pero aquí es lícito hacer una objeción: si el derecho, en su conjunto, es un ordenamiento normativo técnico, no se distinguiría en modo alguno de ordenamientos normativos como los del juego o los de las reglas sociales. Respecto a todos estos ordenamientos se puede decir, como para el ordenamiento jurídico, que son ordenamientos normativos instrumentales. Quedaría por verse si no se puede introducir una ulterior especificación, teniendo presente la distinción hecha por KANT, entre reglas instrumentales con un fin real (o normas pragmáticas) y reglas instrumentales con un fin posible (o normas técnicas en sentido estricto) (*supra*, parágrafo 23). Parece entonces que se puede decir que el fin del derecho, cotejado con el fin del reglamento de un juego, es un fin real, esto es, un fin al cual no puedo substraerme y cuyo cumplimiento no es libre sino obligatorio, de donde resultaría que el ordenamiento jurídico en su conjunto no está compuesto por normas técnicas en sentido estricto, sino más bien por normas pragmáticas, lo que implicaría a su vez la modificación de la fórmula propuesta por RAVÀ, la cual no sería ya, "Si quieres

vivir en sociedad debes comportarte del modo que las normas jurídicas prescriben", sino, de acuerdo con la fórmula de las normas pragmáticas propuesta por nosotros: "Puesto que debes vivir en sociedad, debes comportarte del modo como las normas jurídicas prescriben".

En cuanto al segundo plano, el de las normas jurídicas consideradas individualmente, sostener que esas son normas técnicas significa otra cosa. Ya no significa que se proponen alcanzar cierto fin (la paz social), sino que dejan abierta una alternativa o entre seguir el precepto y no alcanzar el fin al cual va dirigido el precepto en particular, y que puede consistir en efectuar un negocio jurídico, como contraer matrimonio, transmitir los propios bienes a otros, etc., o bien, entre seguir el precepto y alcanzar un fin que no se deseaba como, por ejemplo, una reparación, el resarcimiento de daños, una contravención, una pena detentiva. En otras palabras, cuando se hace referencia a normas individuales, decir que estas son técnicas, esto es, instrumentales, no significa otra cosa que afirmar que toda norma jurídica se caracteriza porque a su transgresión sigue una consecuencia desagradable, o como se dice comúnmente, una *sanción*. Aquí, teoría del derecho como norma técnica y teoría de la sanción como característica constitutiva del derecho, se vienen a unir. Habíamos visto ya que una norma sancionada se puede expresar con la proposición alternativa: "O haces X, o te sucederá Y"; pero una proposición alternativa siempre se puede reducir a una proposición hipotética negando la primera parte de la alternativa: "Si no haces X, te sucederá Y". Lo que implica que una norma sancionada siempre puede ser reducida a una norma técnica, en la cual la acción prevista como medio es la acción regulada por la norma primaria y la acción propuesta como fin es la regulada por la norma secundaria.

Se debe agregar que hay dos formulaciones típicas de las normas jurídicas como normas técnicas, según los dos diferentes modos típicos con los que el legislador en todo ordenamiento lleva a cabo la sanción. Si nosotros definimos la sanción como una consecuencia desagradable imputada por el legislador a quien transgrede la norma primaria, el fin de atribuir una consecuencia desagradable al transgresor puede ser alcanzado de dos modos: 1) procediendo en modo tal que violando la norma no *se alcance el fin que se proponía*; 2) procediendo de tal modo que al violar la norma *se alcance un fin opuesto a aquel que se proponía*. Ejemplo del primer modo son las normas más propiamente denominadas técnicas, o sea aquellas que establecen las modalidades para el cumplimiento de un acto jurídicamente válido (como gran parte de las normas sobre contratos y sobre testamentos). En todos estos casos si no se sigue la modalidad prescrita, no se alcanza el fin

de realizar un acto jurídicamente válido, y la sanción consiste precisamente en que no se consigue el fin. Ejemplos del segundo modo son las normas cuya transgresión no implica la atribución de una pena al transgresor: en este caso la transgresión (por ejemplo, la comisión de un delito, como el hurto) me lleva a alcanzar una meta distinta de la que me había propuesto (en lugar de un gran lucro, la reclusión). En los dos casos el destinatario de la norma está colocado frente a una alternativa. En el primer caso: "O haces X o no obtendrás Y", donde Y es el fin deseado; en el segundo caso: "O haces X u obtendrás Y" donde Y es el fin no deseado. Comoquiera que son reducibles a proposiciones alternativas, ambos tipos de normas son reducibles a proposiciones hipotéticas con estas dos formulaciones diferentes: "Si no haces X, *no obtendrás Y*" y "*si no haces X, obtendrás Y*".

Estas proposiciones hipotéticas son reducibles a su vez a normas técnicas, cuya formulación es, para el primer tipo: "Si *deseas* Y, debes X", y, para el segundo tipo, "*Si no deseas* Y, debes X".

31. De los destinatarios de la norma jurídica

Partiendo de la teoría imperativa del derecho, hemos visto que en el ámbito de los partidarios de la teoría exclusiva, según la cual todas las normas jurídicas son imperativas, se han propuesto distinciones o especificaciones con las cuales se ha tratado de individualizar, con el *género* de los imperativos, algunos tipos específicos de imperativos que se han considerado más idóneos para caracterizar la forma particular de los imperativos jurídicos. Esta especificación se ha buscado ora en la distinción entre imperativos positivos y negativos, ora en la hecha entre imperativos personales e impersonales, ora en la distinción entre imperativos categóricos e hipotéticos, con referencia o al diverso tipo de acción regulada (en el primer caso acción positiva o negativa, en el tercer caso acción incondicionada o condicionada), o al sujeto activo (en el segundo caso). Nos queda por decir algunas palabras sobre la controversia surgida en el seno de la teoría imperativista, relativa al sujeto pasivo, conocida como la controversia acerca de los *destinatarios* de la norma jurídica.

Si la norma jurídica es un imperativo y por "imperativo" se entiende una proposición cuya función es determinar el comportamiento ajeno, no hay duda que la norma jurídica va dirigida a alguien. ¿Pero a quién? ¿Se puede deducir de la indicación de los destinatarios un elemento determinante de la norma jurídica? La discusión entre los

juristas acerca de los destinatarios es antigua e inclusive algo desueta: quien quiera tener una idea de las principales teorías sostenidas cuando esta disputa era muy agitada, lea el libro de G. BATTAGLINI, *Le norme del diritto penale e i loro destinatari* (Roma, 1910). Por más que hoy la discusión esté ya agotada, no me atrevo a llegar hasta la solución negativa de ROMANO[2] según la cual el ordenamiento jurídico no tiene destinatarios, dejando el antiguo problema de los destinatarios sin solución, por el simple hecho de que no existe. El error, según ROMANO, consiste en haber considerado como destinatarios a aquellos para quienes la ley produce, directa o indirectamente, las consecuencias, mientras para que una ley produzca efectos jurídicos para ciertas personas, no es necesario que se dirija a ellas. Pero la ley debe dirigirse a alguien para que sea una norma, un imperativo, esto es, una proposición cuyo efecto es modificar el comportamiento ajeno. ¿Cómo imaginar una norma sin sujeto pasivo, si solo se puede hablar de norma cuando se hace referencia a una proposición dirigida a determinar el comportamiento de otros? El problema no es *si* la norma jurídica tiene destinatarios, sino en *quiénes* son estos.

El problema de los destinatarios, no digo que naciera pero ciertamente sí se agudizó cuando IHERING, polemizando con lo que había afirmado pocos años antes BINDING, sostuvo que los destinatarios de la norma jurídica no son los ciudadanos sino los *órganos judiciales encargados de ejercer el poder coactivo*. IHERING partía de una rígida doctrina estatalista y coaccionista del derecho, con base en la cual definía el derecho como "el conjunto de normas coactivas válidas en un Estado"[3]. De aquí provino la idea de que las normas jurídicas propiamente dichas, o sea aquellas que constituían un ordenamiento normativo fundado en la coacción, eran las dirigidas a los órganos judiciales y, en general, a todos los órganos del Estado encargados de concretar aquella fuerza, cuya realización era el único elemento distintivo entre un ordenamiento jurídico y un ordenamiento no-jurídico.

Lo que caracteriza, según IHERING, una norma jurídica no es su eficacia externa por parte del pueblo sino, su eficacia interna por parte del Estado; todas las proposiciones normativas dictadas por el Estado, pero que no estuvieran reforzadas por la sanción, no eran para IHERING normas jurídicas y, por lo tanto, lo que tornaba jurídica una proposición normativa era el hecho de que los jueces tuvieran el deber

[2] ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, Giuffrè, 1947, págs. 137 y ss.

[3] IHERING, *Der Zweck im Recht*, vol. I, 2ª ed., 1884, pág. 320. La teoría de los destinatarios se encuentra en las págs. 336 y ss.

y el poder de hacerla respetar. Los ejemplos de normas que pueden aclarar mejor la tesis de IHERING son los tomados de las legislaciones penales: una norma penal, como por ejemplo el artículo 575 del C. P. [italiano]: "El que ocasione la muerte a un hombre será castigado con reclusión no inferior a ventiún años", está manifiestamente dirigida no a los ciudadanos sino a los jueces, tanto que de BINDING para acá se suele decir que el acto ilícito no es el acto contrario a la ley penal, sino, por el contrario, aquel que no realiza el tipo previsto. El citado artículo 575 del C. P. establece, no ya una obligación de no matar, sino pura y simplemente una obligación de castigar, y tal obligación, obviamente, está dirigida, no a los ciudadanos, sino a los jueces.

La tesis de IHERING ha sido sostenida periódicamente sobre todo por los autores que dan importancia al elemento de la coacción como elemento constitutivo del derecho. Bastaría aquí recordar a KELSEN, el más autorizado de los teóricos del derecho contemporáneo, quien al enfrentar el problema de la distinción entre la norma primaria dirigida a los súbditos, por ejemplo "No se debe robar", y la norma secundaria, dirigida a los órganos del Estado, por ejemplo "Quien robe deberá ser castigado con la reclusión", sostiene que la norma primaria, o sea la que instituye un ordenamiento como ordenamiento jurídico, es la norma que habitualmente se llama secundaria. A este respecto dice: "La norma que determina la conducta que evita la coacción (conducta que el ordenamiento jurídico tiene como fin) tiene el significado de norma jurídica solamente cuando se presupone que con ella se debe expresar, en forma abreviada por comodidad de exposición, lo que solo la proposición jurídica enuncia en modo correcto y completo, o sea que a la condición de la conducta contraria le debe seguir como consecuencia un acto coactivo. *Esta es la norma jurídica en su forma primaria*. La norma que ordena el comportamiento que evita la sanción puede valer, por consiguiente, solamente *como norma jurídica secundaria*"[4].

Recientemente ALLORIO corroboró enérgicamente, al menos por lo que respecta al ordenamiento estatal (sin que ALLORIO afirme por ello que el único ordenamiento jurídico posible sea el ordenamiento estatal), el concepto de que los destinatarios son solamente los órganos del Estado, y hace de este carácter el criterio distintivo de los ordenamientos paritarios y de los ordenamientos autoritarios, al escribir que, "de poder reconocer (en el ordenamiento estatal) la existencia de una

[4] KELSEN, *Teoria pura del diritto*, trad. italiana, Torino, Einaudi, pág. 46.

caracterización definida... del contenido de todas las normas jurídicas, en el sentido de que en el ámbito de tal ordenamiento no encuentra ciudadanía ninguna norma que no esté dirigida a los órganos del Estado".

A quienes le objetan que las normas son de dos tipos, las que imponen a los súbditos un determinado comportamiento y las que imponen a los órganos del Estado la obligación de intervenir cuando el comportamiento de aquellos no sea acorde, responde que quedaría aún por explicar por qué "de ninguna manera el deber del particular no puede existir por sí solo"[5].

La última frase de ALLORIO expresa el núcleo de verdad de la teoría que, entendiendo el ordenamiento jurídico como ordenamiento coactivo, considera como normas jurídicas solamente las dirigidas a los órganos encargados de ejercer el poder coactivo. Este punto de verdad se puede resumir de este modo: considerado el ordenamiento jurídico como ordenamiento coactivo, este consiste exclusivamente en normas dirigidas a los órganos del Estado; en otras palabras, bien se puede imaginar un ordenamiento jurídico en el cual no existan otras normas diferentes de las usualmente denominadas secundarias. Lo que significa que las normas dirigidas a los súbditos, o sea las normas primarias, no son necesarias. Por otra parte, un ordenamiento constituido solamente por normas primarias no podría ser considerado como un ordenamiento jurídico, si por ordenamiento jurídico se entiende un ordenamiento con eficacia reforzada por medio de las sanciones que implican el cumplimiento de las normas dirigidas a los jueces.

El hecho de que en estas afirmaciones haya algo de verdad no significa que la tesis de IHERING sea aceptada sin reservas. Considero que a la doctrina de los órganos estatales como únicos destinatarios se le pueden hacer algunas objeciones.

1ª) Es posible un ordenamiento jurídico compuesto por normas dirigidas solo a los órganos judiciales, pero de hecho también los ordenamientos jurídicos estatales comprenden tanto normas dirigidas a los jueces, como normas dirigidas a los ciudadanos. Si dejamos de lado por un momento las leyes penales (que, como dice la palabra misma, son leyes que conminan penas) y echamos una mirada sobre los artículos del Código Civil, no hay que hacer mucho esfuerzo para encontrar normas dirigidas a los ciudadanos; esto es, normas primarias que establecen no un tipo de sanciones, sino un tipo de comportamiento, cuya violación implica (pero no necesariamente) una sanción.

[5] E. ALLORIO, *La pluralità degli ordinamenti giuridici e l'accertamento giudiziale* en "Riv. dir. civ.", t. 1, 1955, pág. 279.

2ª) Decir que estas normas existen, pero que no son normas jurídicas, significa sostener que la juridicidad de una norma depende de que el comportamiento contrario al previsto implica consecuencias atribuidas por la norma secundaria, mientras nosotros sostenemos que la juridicidad de una norma individual (como veremos mejor en el capítulo siguiente) se identifica con su validez, esto es, depende exclusivamente del hecho de pertenecer a un sistema jurídico; lo que implica que ella haya sido ejecutada por quien dentro del sistema tenía el poder de producir normas jurídicas, y no hay duda que las normas primarias pueden gozar, del mismo modo que las normas secundarias, de esta característica.

3ª) Las normas secundarias no son las últimas normas, porque están seguidas frecuentemente por normas que denominaremos terciarias, esto es, por normas que atribuyen una sanción a la transgresión de la norma secundaria; si se respondiese que en este caso la norma jurídica es la terciaria y no ya la secundaria (en función de la norma primaria), se correría el riesgo de tener que remontarse cada vez más hasta llegar a ser constreñido a sostener que la única norma jurídica del sistema es la norma fundamental; es lo mismo, pues, comenzar a reconocer como jurídicas las primeras normas que encontramos, es decir, las normas primarias; si, en efecto, sostenemos que las normas primarias no son jurídicas porque se limitan a fijar los presupuestos para la entrada en vigor de otras normas, es probable que estaremos constreñidos a no llegar hasta las normas secundarias, y a concluir que la única norma jurídica es la norma fundamental porque su transgresión no remite a ninguna otra norma del sistema.

4ª) Si es cierto que un ordenamiento jurídico es un ordenamiento normativo con eficacia reforzada (como veremos en el capítulo siguiente), esto no excluye que cuente también con eficacia simple, valga decir, con la adhesión a las normas dirigidas a los ciudadanos, y que, por tanto, aquellas normas que por estar dirigidas a los ciudadanos son calificadas como primarias tengan su razón de ser en el sistema, y de hecho todo sistema jurídico aunque no las proponga explícitamente (como en un código penal), las presupone, y cuenta con su eficacia.

32. Imperativos y permisos

Hasta aquí hemos examinado las teorías exclusivas. Teorías mixtas son aquellas que admiten que en todo ordenamiento jurídico hay imperativos, pero niegan que todas las proposiciones que componen un siste-

ma jurídico sean imperativas o reducibles a imperativos. La más antigua de las teorías mixtas es aquella que considera junto a las normas imperativas las denominadas *normas permisivas*, o sea, junto a las normas que imponen *deberes*, las normas que atribuyen *facultades* (o permisos).

Observamos ante todo que, así como ha habido quien frente a la distinción entre imperativos positivos y negativos ha creído poder afirmar que las normas jurídicas son todas imperativos negativos, asimismo, frente a esta nueva distinción capital entre normas imperativas y normas permisivas, algunos han sostenido que la esencia del derecho es *permitir* y no ya mandar y que es en esta característica donde debe buscarse la diferencia entre el derecho y la moral. Se trata de la conocida tesis de FICHTE quien en su tratado de derecho natural, de inspiración kantiana (*Lineamenti di diritto naturale*, 1796), estableció la diferencia entre derecho y moral en estos términos: la ley moral *ordena* categóricamente aquello que se debe hacer, y la ley jurídica *permite* lo que se puede hacer; de un lado, la ley moral no se limita a permitir que se cumpla lo que ella manda, sino que lo impone; por el otro, la ley jurídica no ordena de ninguna manera que se ejerza un derecho.

Esta tesis de FICHTE puede ser considerada como una teoría exclusiva en sentido opuesto a la teoría exclusiva imperativista, pues mientras esta afirma que todas las normas jurídicas son imperativos, aquella afirma que ninguna norma jurídica es un imperativo. Es una especie de exageración de la teoría mixta que coloca junto a las normas imperativas también las permisivas y, como todas las teorías extremas, no es sostenible. Basta observar que la atribución de un derecho (subjetivo) y la imposición de un deber son momentos correlativos del mismo proceso: una norma que impone un deber a una persona atribuye al mismo tiempo a otra persona el derecho de exigir el cumplimiento, así como una norma que atribuye un derecho impone al mismo tiempo a otros el deber de respetar el libre ejercicio o de permitir la ejecución. En otras palabras, derecho y deber son las dos caras de la relación jurídica, que no pueden estar la una sin la otra. Decir que el derecho permite y no ordena sería como ver el fenómeno jurídico desde un solo punto de vista, y no aceptar, por consiguiente, que el derecho *permite solo en cuanto al mismo tiempo ordena*.

Prescindiendo de la teoría permisiva exclusiva, sostenemos que la teoría permisiva parcial, o sea aquella que critica la teoría de la imperatividad apoyándose en la presencia de las normas permisivas (y aquí entendemos por "normas permisivas" en sentido estricto aquellas que atribuyen facultades, o sea, las determinadas en la esfera de

lo lícito junto a la esfera de lo ordenado o de lo prohibido), tampoco da en el blanco. No encontramos nada que objetar en el hecho de que en todo ordenamiento haya normas permisivas junto a las normas imperativas. Basta abrir un código para confirmarlo: "Una vez ejecutoriada la sentencia que declara la muerte presunta, el cónyuge *puede contraer nuevo matrimonio*" (art. 65 del C. C. italiano); "*Se puede* elegir domicilio especial para determinados actos o negocios" (art. 47, ibídem)*.

La pregunta que nos formulamos es otra: ¿la presencia de normas permisivas puede ser considerada como un argumento contra la imperatividad del derecho? El problema se desplaza de la mera comprobación de la existencia de normas permisivas a su función. Ahora bien, la función de las normas permisivas es la de eliminar un imperativo en determinadas circunstancias o con referencia a determinadas personas, y por tanto *las normas permisivas suponen las normas imperativas*. Si no se partiese del presupuesto de la imperatividad no habría necesidad, en determinadas circunstancias y respecto a determinada persona, de hacer desaparecer el imperativo, o sea, de permitir. Cuando no se presupone un sistema normativo imperativo, las acciones permitidas son las que no requieren ninguna norma para ser reconocidas, puesto que es válido el siguiente postulado: "todo aquello que no esté prohibido u ordenado, está permitido". Cuando intervienen normas permisivas es señal de que existe un sistema normativo imperativo que en determinados casos establece excepciones, y por tanto el postulado del cual se parte es el opuesto al precedente, o sea, "todo está prohibido u ordenado excepto aquello que está (expresamente) permitido". Si hacemos referencia a los ejemplos citados arriba, es fácil comprobar que la norma permisiva del artículo 65 tiene razón de ser en cuanto la regla normativa presupuesta es la prohibición de contraer un segundo matrimonio mientras que uno de los cónyuges esté vivo; y así, la norma permisiva del art. 47 presupone la prohibición general de tener varios domicilios.

Queriendo ahora introducir alguna distinción ulterior, hagamos dos observaciones adicionales. Ante todo, se pueden distinguir las normas permisivas con base en el hecho de que hacen desaparecer un *imperativo precedente* en el tiempo, y en este caso funcionan como *normas abrogantes*, o bien, un imperativo contemporáneo y en este caso funcionan generalmente como *normas derogantes*. Un ejemplo de norma permisiva abrogante: "Las personas a las cuales se ha impuesto o que han obtenido el cambio de apellido, con base en los artículos 2°, 3° y 4° de la ley del 13 de julio de 1939, núm. 1055, *pueden readquirir* el apellido,

* N. T. En el ordenamiento colombiano, también se encuentran figuras similares (ver arts. 85 del C. C. colombiano y 37 de la Constitución Política colombiana de 1991).

que tenían anteriormente" (decreto-ley del lugarteniente del 19 de octubre de 1944, art. 2°). Un ejemplo de norma permisiva derogante: "La mujer no puede contraer matrimonio sino después de trescientos días, etc. (esta es la parte imperativa de la norma). La *prohibición* cesa desde el día en que la mujer ha dado a luz". [esta es la parte permisiva que deroga la prohibición en una determinada circunstancia] (art. 89 del C. C.)*.

En segundo lugar, las normas permisivas pueden ser, como las imperativas, *positivas* y *negativas*: las primeras son aquellas que permiten hacer; las segundas, aquellas que permiten no hacer. Como veremos mejor en el último capítulo, dedicado precisamente a la clasificación de las normas, las normas permisivas positivas son *aquellas que niegan un imperativo negativo* (o prohibición), y las normas permisivas negativas son *aquellas que niegan un imperativo positivo* (o mandato). Las acciones previstas en la primera se denominan más estrictamente *permisivas*; las acciones previstas por las segundas se denominan más precisamente *facultativas*: si la caza está permitida en determinada zona, ello significa que no está prohibida; si una materia del *curriculum* de estudios es opcional, ello significa que no es obligatoria. Ejemplo de norma permisiva positiva: "Si el marido ha transferido su domicilio al exterior, la mujer puede establecer en el territorio del Estado su propio domicilio" (art. 45 del C. C.). Esta norma atribuye un permiso de hacer con exclusión de una obligación de no hacer. Ejemplo de norma permisiva negativa: "Salvo cuando esté dispuesto por hipoteca legal, el marido no está obligado a dar caución por la dote que recibe, si no se ha obligado en el acto de constitución de la dote" (art. 186 del C. C.). Esta norma atribuye un permiso de no hacer como exclusión de una obligación de hacer.

33. Relación entre imperativos y permisos

Hemos visto en el parágrafo precedente que las normas permisivas son necesarias cuando tienen como presupuesto un sistema de imperativos a los cuales se aporta, en determinadas circunstancias o por determinadas personas, una abrogación o una derogación. Ahora añadimos que allí donde no esté presupuesto un sistema de imperativos, la situación permisiva resulta de la *ausencia de normas*, en el sentido de que está permitido o es lícito todo aquello que no esté prohibido u ordenado. Imperativos y permisos están entre sí en relación de negación recíproca:

* N. T. Se refiere al Código italiano; para Colombia ver art. 173 del C. C.

las normas imperativas limitan la situación originaria de licitud de hecho o natural; las normas permisivas limitan a su vez las situaciones de obligatoriedad producidas por normas imperativas positivas o negativas. Se puede describir la evolución histórica de un sistema normativo de este modo.

Partamos de la hipótesis (hipótesis, se entiende, del todo abstracta) de una condición humana en la cual no hay todavía un sistema normativo. Esta situación puede ser definida con la fórmula: *todo es lícito* y representada simbólicamente así:

esfera de lo lícito

Figura 1

Esta hipótesis corresponde al *estado de naturaleza* en el sentido hobbesiano, o sea, de un estado en el cual no existen leyes civiles y por consiguiente no existen deberes sino solo derechos, y todo individuo tiene por su cuenta un derecho sobre toda cosa (*ius in omnia*). El paso del estado de naturaleza al estado civil se hace a través de la limitación de la esfera primitiva de licitud natural (caracterizada por la ausencia de normas imperativas), y esta limitación es el efecto de la creación por parte del sumo poder de normas imperativas, primero negativas y luego positivas (según la progresión examinada en el parágrafo 27, *supra*, págs. 67 y 68). La situación que se crea puede ser representada simbólicamente así:

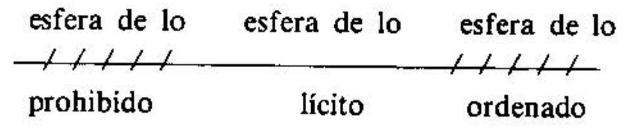


Figura 2

Suponiendo que la esfera de lo prohibido y de lo ordenado se extiende en detrimento de la esfera de lo lícito, podemos proponer la hipótesis (también esta del todo abstracta) de una situación en la cual la esfera de lo lícito desaparezca completamente, y se presente la situación extrema en la cual todo comportamiento es o prohibido u ordenado o que ninguno es lícito, y que puede ser representada en esta forma:

Todo es obligatorio

Figura 3

Esta es la hipótesis del *Estado totalitario*, o sea del Estado en el cual todo acto de los ciudadanos está regulado por normas imperativas. La hipótesis del Estado totalitario es diametralmente opuesta a la del estado de naturaleza: la una representa el ideal del Estado completamente realizado, que ha suprimido toda libertad natural; la otra representa la hipótesis de la anarquía, o sea, de la ausencia total del Estado. Es inútil repetir que la realidad histórica no conoce situaciones correspondientes ni de la una ni de la otra hipótesis. Como no es posible que exista un Estado que sea tan omnipotente y capaz de regular todos los comportamientos de los ciudadanos, tampoco es posible una condición humana en la cual no exista un núcleo de normas imperativas que delimiten la esfera de libertad de cada uno. La realidad histórica conoce solamente situaciones en las que la esfera de lo lícito convive con la de lo obligatorio; y, eventualmente, las distintas situaciones se diferencian según la diversa extensión de las dos esferas. Llamamos Estado liberal a aquel en el cual la esfera de lo lícito tiene la máxima extensión en relación con la de la imperatividad, y Estado no-liberal a aquel en el cual la esfera de la imperatividad se extiende a costa de lo lícito.

Hemos partido de la hipótesis del estado de naturaleza y hemos llegado a través de limitaciones sucesivas operadas por normas imperativas, a la hipótesis opuesta del Estado totalitario. Pero como en hipótesis abstracta la elección del punto de partida es indiferente, podemos representarnos el camino inverso. Podemos entonces considerar como hipótesis inicial la de una sociedad en la cual todo está regulado imperativamente:

Todo es obligatorio

Figura 4

Con la introducción sucesiva de normas permisivas que abrogan y derogan las normas imperativas se forma una esfera de licitud comprendida entre las obligaciones positivas y las obligaciones negativas, dando origen a la siguiente figura:

esfera de lo	esfera de lo	esfera de lo
prohibido	lícito	ordenado

Figura 5

Esta figura difiere de la 2 porque allí la esfera de lo lícito está representada por lo lícito natural, o sea por lo que es lícito por ausencia de normas y aquí, por el contrario, la esfera de lo lícito es el resultado de una limitación de los imperativos introducidos por las normas permisivas. Las dos situacio-

nes diferentes, representadas en las figuras 2 y 5, pueden ser formuladas de este modo. La primera: *Todo está permitido excepto lo que está prohibido* (u ordenado); la segunda: *Todo está prohibido* (u ordenado) *excepto aquello que está permitido.*

Tengamos presente estas dos fórmulas, que han sido tomadas para designar dos tipos de Estado, ambos correspondientes a situaciones históricas y, por consiguiente, alejadas de los dos extremos de la anarquía y del Estado totalitario. La primera fórmula designa el *Estado liberal*, o sea aquel Estado que parte del presupuesto de la libertad natural (todo está permitido), pero que admite que la libertad natural puede ser limitada por medio de normas imperativas más o menos amplias de acuerdo con las circunstancias ("excepto aquello que está prohibido"). La segunda fórmula designa el *Estado socialista*, o sea aquel Estado que parte del presupuesto de la no libertad del individuo, en cuanto el individuo es parte de un todo (la sociedad) que lo trasciende ("todo está prohibido") salvo la introducción, en cada caso, mediante normas permisivas de esferas particulares y bien delimitadas de licitud ("excepto aquello que está permitido")[6]. Consideremos, por ejemplo, la institución de la propiedad: en un Estado liberal la propiedad individual se considera como un derecho natural, esto es, como un derecho preexistente a la formación del Estado, y el deber del Estado es el de delimitar su extensión por medio de una reglamentación imperativa; en un Estado socialista, por el contrario, la propiedad individual está inicialmente prohibida, salvo el reconocimiento que se haga en determinados casos por medio de normas permisivas. SOMBART, a quien se debe esta caracterización del Estado liberal y del Estado socialista, concluía que en el primero la esfera de lo permitido prevalece sobre la de lo obligatorio, y en el segundo, por el contrario, la esfera de lo obligatorio prevalece sobre la de lo permitido.

Como toda reducción de una situación compleja a fórmulas simples, también esta doble caracterización se debe aceptar con mucha precaución. Estaríamos quizás más cercanos a la realidad al decir que en todo Estado hay situaciones que corresponden a la primera fórmula, en la cual el presupuesto es la libertad natural, y situaciones que corresponden a la segunda fórmula, en la cual el presupuesto es la ausencia de libertad, y que, cuando más, se pueden distinguir Estados en los que prevalece la primera y otros en los que prevalece la segunda. Estas situaciones diferentes corresponden, *grosso modo*, a la distinción

[6] La distinción entre Estado liberal y Estado socialista con base en las dos fórmulas indicadas fue elaborada por W. SOMBART, *Il socialismo tedesco*, Firenze, Vallecchi, 1941, págs. 83 y ss.

tradicional entre las esferas del derecho privado y del derecho público. Cuando leemos el Código Civil, lo hacemos teniendo en mente el presupuesto de que todo aquello que no se encuentra prescrito allí, está permitido; cuando leemos el texto de una Constitución, lo leemos teniendo en mente el presupuesto contrario, es decir, que todo aquello que no esté en ella expresamente autorizado, está prohibido. Diremos, en otras palabras, que en la esfera de la reglamentación de la autonomía privada vale el postulado de que todo está permitido excepto aquello que está prohibido, mientras en la esfera de la reglamentación de los órganos públicos vale el postulado opuesto, o sea, que todo está prohibido excepto aquello que está expresamente permitido. La distinción no tiene un valor puramente teórico: en caso de lagunas, si un sistema de imperativos se apoya en el primer postulado, de él se deriva que el comportamiento no previsto deba considerarse permitido, y si se apoya en el segundo, el comportamiento no previsto debe considerarse prohibido.

34. IMPERATIVOS Y REGLAS FINALISTAS

Para terminar, entre las teorías mixtas debe recordarse la sostenida por BRUNETTI, no obstante que él no clasifica su doctrina entre las doctrinas mixtas, sino que la llama teoría integral de la norma jurídica. BRUNETTI, después de haber criticado la teoría negativa (que veremos en el próximo parágrafo), critica también la tesis según la cual todas las normas de un sistema jurídico son imperativas. Solo que él no sigue la vía de las otras doctrinas mixtas, o sea la vía de considerar, junto a las normas imperativas, las normas permisivas, sino la que considera como no imperativas un tipo de normas jurídicas que llama *reglas finalistas*[7].

BRUNETTI asimila las "reglas finalistas" a los imperativos hipotéticos o normas técnicas de KANT, esto es, aquellas reglas que, como él declara, no expresan una necesidad absoluta, sino solamente final o teleológica, o, con las acostumbradas palabras, reglas que no imponen una acción como buena en sí misma, sino como buena para alcanzar determinado fin: "Si deseas llegar pronto debes caminar velozmente". Pero, ¿acaso esta teoría no es una repetición de la teoría de RAVA, de la cual hablamos en el parágrafo 29? El mismo BRUNETTI aclara la diferencia: la teoría de RAVÀ tiene como mira definir el derecho en su conjunto, en tanto que su teoría de las reglas finalistas tiene

[7] Véase la obra de BRUNETTI, *Norme e regole finali nel diritto*, Torino, Utet, 1913, útil también por la exposición y crítica de las principales doctrinas sobre la norma jurídica.

como fin caracterizar ciertas normas jurídicas frente a algunas otras. BRUNETTI añade a la definición tradicional de las normas técnicas lo siguiente: *las normas técnicas* (o reglas finalistas) *no son imperativos*. Por tanto, si en un ordenamiento jurídico es posible encontrar reglas finalistas, esto debe conducir a afirmar que no todas las reglas que componen un ordenamiento son imperativos.

Según BRUNETTI, las reglas finalistas no se deben confundir con los imperativos, porque no limitan mi libertad de obrar, ya que soy libre de elegir el fin que me propongo. Estas reglas establecen un deber que, para distinguirlo de los deberes que resultan de los imperativos propiamente dichos, se puede denominar *deber libre*. La diferencia entre mandatos y reglas finales se demostraría, de acuerdo con BRUNETTI, básicamente por el modo de ejecución: frente a un mandato, ser libre significa tener la posibilidad de violarlo; frente a una regla finalista ser libre significa la posibilidad de no hacer lo que prescribe sin violarla. Traigamos un ejemplo típico de regla finalista: la regla que prescribe la modalidad del testamento ológrafo. Para BRUNETTI esta regla no es un mandato, ya sea porque no me impone hacer el testamento ológrafo, sino que me deja en perfecta libertad de hacerlo o no hacerlo, ya sea porque al no seguirla (esto es, no haciendo el testamento ológrafo) no la violo, comoquiera que no llevo a cabo un acto ilícito. BRUNETTI aplica su doctrina de la regla finalista a la explicación de la *relación obligatoria*: al derecho del acreedor no correspondería, como sostiene la doctrina tradicional, el deber del deudor, sino el deber del Estado de dar satisfacción al interés del acreedor. Este deber del Estado se deriva de un verdadero imperativo dirigido a los órganos judiciales. Pero de este deber del Estado nacen dos reglas finales. La primera dirigida al deudor: "Si no deseas que el Estado intervenga, etc., debes ejecutar la prestación"; la segunda dirigida al acreedor: "Si deseas que el Estado intervenga, etc., debes promover la petición".

Creemos que la teoría de BRUNETTI tampoco logra afectar la doctrina de la imperatividad del derecho. Además, hemos expuesto ya, en el parágrafo 23, las razones por las cuales creemos que las normas técnicas que se encuentran en un ordenamiento jurídico, son verdaderos imperativos. La cuestión, en la forma como la propone BRUNETTI, es primeramente una cuestión de palabras; si tomamos el término "imperativo" como sinónimo de "mandato", y entendemos por "mandatos" solamente los "imperativos categóricos", las reglas finalistas que no son nada diferente de los imperativos hipotéticos, no pueden contener ni imperativos ni mandatos. Pero si acoge.nos una acepción más amplia de imperativo y lo hacemos sinónimo de proposición pres-

criptiva (como sin duda lo entendía THON), y entendemos por "proposición prescriptiva", como lo hemos hecho hasta aquí, una proposición cuya función sea la de dirigir las acciones de los demás, no hay duda que las reglas finalistas pueden denominarse imperativas, porque aunque se encuentren subordinadas a la elección del fin, dirigen las acciones a la ejecución de los medios.

Por lo demás, los argumentos adoptados por BRUNETTI para distinguir las reglas finalistas de los imperativos no son muy convincentes. Él habla de *deber libre* contrapuesto a deber necesario. Ahora bien, la expresión "deber libre" es una *contradictio in adiecto*, puesto que en realidad lo que es libre en las reglas finalistas es el fin, pero este, precisamente por ser libre, no es debido, o sea que lo que es debido es el medio, pero, precisamente, por el hecho de serlo, una vez escogido el fin, ya no es libre. En cuanto a la característica relativa a la ejecución, lo que BRUNETTI dice acerca de las reglas finalistas se deriva de una confusión entre la norma que prescribe los medios, que es prescriptiva, y la norma que se refiere a los fines, que o no existe o es permisiva: si yo no hago testamento, ciertamente no violo la norma que establece las modalidades para hacer testamento, no ya porque esta norma no sea imperativa, sino porque mi comportamiento queda fuera de los comportamientos regulados por ella; en otras palabras, porque la norma relativa a mi decisión de hacer testamento, no es la norma imperativa que prescribe sus modalidades, sino la permisiva que también admite como lícito no hacer testamento. Una vez tomada la decisión de hacer testamento ya no tengo la libertad de no hacer lo que la regla final prescribe; o, si se quiere, soy libre, pero haciéndolo violo la norma igualmente como sucede con toda otra norma que BRUNETTI llamaría imperativa.

35. IMPERATIVOS Y JUICIOS HIPOTÉTICOS

Y pasemos ahora a las teorías negativas, esto es, a las que niegan que las normas jurídicas sean imperativos. La primera y más radical formulación de las teorías negativas se remonta a ZITELMANN, quien quiso responder con su crítica a los entusiasmos imperativistas de THON. Según este autor, toda proposición jurídica se puede resolver en la fórmula "Si..., tú debes". Ahora bien, dice él, una proposición de este género tiene el carácter de una afirmación, es decir de un juicio, particularmente de un juicio hipotético, o sea es "una afirmación sobre una relación ya existente". Según los dictámenes de la lógica clásica, es un juicio y no un mandato.

La tesis de la norma jurídica como juicio hipotético fue acogida, aunque con diferentes argumentos, por KELSEN, y ahora la doctrina antiimperativista se identifica de ordinario con la doctrina *kelseniana*. Desde su primera obra importante, los *Hautprobleme der Staatsrechtslehre* (1911) (ver segunda edición, 1923, págs. 189 y ss.), KELSEN desarrolló contra el imperativismo algunos argumentos críticos, que para algunos fueron decisivos. Su punto de partida era una definición más bien reducida de "mandato" (una vez más hay que notar cuánta importancia tienen en estas disputas las definiciones iniciales, y por lo tanto, en qué medida estos problemas son problemas terminológicos). KELSEN entendía por "mandato" la manifestación inmediata de una voluntad dirigida a la modificación de otra voluntad, y hasta aquí no decía nada diferente de lo que repetidamente se ha dicho en este trabajo sobre las proposiciones prescriptivas; pero luego agregaba —y con esto introducía una limitación— que era de la naturaleza de los mandatos *no incluir ninguna garantía de que el comportamiento ajeno fuera efectivamente modificado*. De esta definición restrictiva de mandato sacaba la consecuencia de que se podía hablar de "mandato" respecto de los imperativos morales, porque, siendo autónomos, no hay una voluntad dirigida a mover la voluntad ajena, sino solo una voluntad dividida o dos diversas direcciones de la misma voluntad, pero no se podría decir lo mismo respecto de las normas jurídicas que, siendo heterónomas (el Estado manda y los súbditos obedecen), tienen necesidad de una garantía de que la voluntad de los súbditos se adecue a la del Estado, garantía que el mandato en cuanto tal (esto es, en la definición restrictiva de KELSEN) no puede dar y que puede alcanzarse solo por medio de la sanción.

Una vez se impone la sanción, lo que quiere el Estado no es ya un determinado comportamiento de los súbditos sino un determinado comportamiento de los propios órganos encargados de ejercer la coacción, por lo cual el comportamiento de los súbditos no es ya, en cuanto lícito, el *contenido* de la voluntad estatal, sino más bien, en cuanto ilícito, la *condición* de la actividad sancionatoria del Estado.

La crítica a la teoría imperativista, por un lado, entendida como teoría que veía en las leyes un mandato dirigido a los súbditos, y la interdependencia establecida entre el concepto de derecho y el de sanción (es norma jurídica solamente la sancionada) llevaba a KELSEN a darle a la norma jurídica el carácter, no ya de mandato, sino de *juicio hipotético* dirigido a establecer un nexo entre una *condición* (el ilícito) y una *consecuencia* (la sanción), en la fórmula siguiente: "si es A, *debe* ser B", donde A representa el ilícito y B la sanción. Además, esta reducción de la norma jurídica servía a KELSEN para resolver la tradi-

cional disputa en torno a la diferencia entre derecho y moral: las normas morales, esas en verdad eran mandatos; las normas jurídicas, en cambio, eran juicios. La autonomía del derecho frente a la ley moral quedaba asegurada. Así se expresaba KELSEN: "logrando que la norma jurídica, *contrariamente a la doctrina tradicional*, fuera entendida no como imperativa al igual que la norma moral, sino más bien como *juicio hipotético* que expresa la relación específica de un hecho condicionante con una consecuencia condicionada"[8].

Por otra parte, el hecho de que para KELSEN las normas jurídicas sean juicios hipotéticos, y como tales distintos de las normas morales, no quiere decir que sean aserciones o proposiciones descriptivas. KELSEN distingue las normas jurídicas de las leyes morales, pero las distingue a su vez de las leyes científicas (las leyes de las que hablan los físicos, los químicos, los biólogos, etc.). También estas últimas se pueden convertir en juicios hipotéticos que establezcan una relación constante entre una condición (*la causa*) y una consecuencia (*el efecto*), pero en ellas la cópula que une las dos partes del juicio está constituida por el verbo *ser*, mientras que la cópula en una norma es el verbo *deber ser*. La ley científica dice: "Si es A, *es* también B"; la ley jurídica: "Si es A, *debe ser* B". Mientras el nexo que une A y B en una ley científica es un nexo de *causalidad*, en el sentido de que A es la causa de B, y B es el efecto de A, el nexo que une A y B en una ley jurídica es un nexo, como lo denomina KELSEN, de *imputación*, en el sentido que la consecuencia B no es el efecto de la condición A, sino que es imputada a A por un hecho humano, más precisamente por una norma. Con las mismas palabras de KELSEN: "La conexión entre causa y efecto es independiente del acto de un ser humano o suprahumano. En cambio la conexión entre un ilícito y la sanción jurídica es establecida por un acto, o por actos humanos, por un acto que produce derecho, esto es, por un acto cuyo significado es una norma"[9].

No es necesario subrayar la importancia de la distinción entre relación de causalidad y relación de imputación para comprender la diferencia entre el orden físico y el orden normativo. La importancia se revela sobre todo cuando adquirimos conciencia de los errores provenientes de la confusión de los dos órdenes, que KELSEN atribuye a la mentalidad primitiva. Es propio de una concepción primitiva, precientífica del mundo, confundir el orden físico con el orden normativo, y considerar, por

[8] KELSEN, *Teoria pura del diritto*, trad. italiana, Torino, Einaudi, 1952, pág. 40.

[9] Del ensayo *Causalità ed imputazione*, publicado como apéndice a la *Teoria pura del diritto*, ed. cit., pág. 181.

tanto, un fenómeno, no ya como el efecto de otro fenómeno, sino como una sanción imputada a un agente por una norma (emanación de una voluntad superior), confusión que lleva a preguntarse frente a un fenómeno natural, no ya "cuál es la causa", sino "de quién es el mérito o de quién es la culpa" (según que el fenómeno sea valorado como útil o ventajoso). Lo que nos urge subrayar es que esta diferencia entre relación causal y relación de imputación reintroduce la diferencia entre lo descriptivo y lo prescriptivo, que muchos creyeron que KELSEN había abandonado por la polémica contra el imperativismo. Se puede decir, en efecto, que la distinción de las dos relaciones está en el hecho de que la primera no es voluntaria, no depende de una autoridad que la haya impuesto, y la segunda es voluntaria, depende de una autoridad que la impone; y aún más que la primera reenvía a una determinación necesaria, y la segunda a una estatalización voluntaria, y por tanto a una *prescripción*.

De este modo resulta que la diferencia entre la norma jurídica y la ley natural es una diferencia esencial, en el sentido que una y otra pertenecen a dos órdenes diferentes (el orden de las relaciones causales y el orden de las relaciones imputadas), mientras que la diferencia entre la norma jurídica y la norma moral es solamente una diferencia de grado en el ámbito del mismo ordenamiento normativo, en el sentido de que la ley moral es una prescripción con eficacia inmediata, y la ley jurídica es una prescripción con eficacia mediata, esto es, una prescripción cuya eficacia depende, no ya de la norma que prescribe un comportamiento, sino de la norma que prescribe la consecuencia desfavorable (la sanción) de un comportamiento considerado como ilícito. Si lo *proprium* de la norma jurídica es, como hemos dicho hasta ahora, pertenecer a la categoría de las proposiciones prescriptivas, la teoría de KELSEN, según la cual la norma jurídica se resuelve en un juicio hipotético, no es contraria a la tesis de la norma jurídica como prescripción, porque el juicio en el cual se expresa la norma es siempre un juicio hipotético prescriptivo y no descriptivo, esto es, un juicio que en su segunda parte contiene una prescripción ("... debe ser B").

En suma, la teoría antiimperativista de KELSEN no puede considerarse como una teoría negativa en el sentido de que, negándole a las normas jurídicas la calificación de prescripciones, hace de ellas afirmaciones, pero solo en sentido limitado, y con respecto a la tesis sostenida hasta aquí como irrelevante, que de las prescripciones distintas de las morales hace en todo caso prescripciones, lo que para nuestra investigación es lo que más importa. Por lo demás, el mismo KELSEN parece haber atenuado en sus obras posteriores su antiimperativismo cuando dice: "El legislador usa frecuentemente el futuro cuando afirma que un ladrón *será*

castigado de esta o de aquella manera. Entonces presupone que el problema sobre quién es ladrón ha sido resuelto en alguna parte, en la misma ley o en otro texto legal. La frase «será castigado» no implica la previsión de un hecho futuro —el legislador no es un profeta— sino que constituye un *imperativo* o un *mandato*, tomando tales términos en sentido figurado. Lo que la autoridad que crea la norma quiere decir es que la sanción *debe ser* ejecutada contra el ladrón, cuando se verifiquen las condiciones para la sanción". Y un poco más adelante, tratando de distinguir las normas jurídicas de las proposiciones de la ciencia jurídica, llama a estas últimas proposiciones descriptivas y precisa que las normas jurídicas promulgadas por las autoridades que producen el derecho son *prescriptivas*[10], que es precisamente lo que nosotros queríamos demostrar.

36. IMPERATIVOS Y JUICIOS DE VALOR

Una formulación distinta de la teoría antiimperativista es la que define las normas jurídicas, no como juicios hipotéticos, sino como *juicios de valor*, o *juicios de valoración* o, más brevemente, como *valoraciones*. Es una doctrina que ha tenido cabida y aún la tiene principalmente entre los juristas italianos[11]. PERASSI, por ejemplo, habla de la norma jurídica como de "cánones que valoran una conducta del individuo en la vida social"[12]; GIULIANO define la norma jurídica como "juicios de valor, juicios sobre el comportamiento (y sobre la conducta) de determinados coasociados frente a (o dependientemente de la) la realización de determinadas situaciones, de determinados eventos, más genéricamente, de determinados hechos"[13]. Para GIULIANO la definición de la norma jurídica como juicio de valor tienen una verdadera función polémica contra el imperativismo. Él habla explícitamente de la "profunda e íntima superación de la configuración imperativista del derecho que está ínsita en la perspectiva de las normas jurídicas como juicios de valor jurídico y del ordenamiento jurídico como un conjunto de juicios de valor jurídico"[14].

[10] KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, traducción italiana, Milano, Comunità, 1952, pág. 45.

[11] Para un examen exhaustivo de esta doctrina véase el estudio de E. DI ROBILANT, *Osservazioni sulla concezioni della norma giuridica como giudizio di valore*, en "Riv. trim. dir. e proc. civ.", t. XI, 1957, págs. 1377-1443.

[12] T. PERASSI, *Introduzione alle scienze giuridiche*, Padova, Cedam, 1953, pág. 31.

[13] M. GIULIANO, *I diritti e gli obblighi degli stati*, t. I, Padova, Cedam, 1956, pág. 8.

[14] M. GIULIANO, *La comunità internazionale e il diritto*, Padova, Cedam, 1950, pág. 222.

Aquí no nos ocupamos de la cuestión, discutida recientemente acerca de si para denotar la norma jurídica, la elección de la expresión "juicio de valor" que en el lenguaje filosófico tiene un significado bastante uniforme y distinto del que le atribuyen los juristas antes mencionados es oportuna y no produce confusiones. Aquí nos limitamos a preguntarnos si aquella definición implica una negación del significado prescriptivo de las normas jurídicas, esto es, si en verdad se puede considerar la teoría de las normas como juicios de valor, o como una doctrina resolutiva frente a la doctrina imperativista, entendida en su sentido más amplio (esto es, como teoría que considera las normas jurídicas, no como mandatos en sentido estricto, sino como proposiciones pertenecientes al lenguaje prescriptivo distintas de las del descriptivo).

Cuando los autores antes citados dicen que la norma es una valoración de determinados hechos, quieren decir que la norma jurídica cualifica determinados hechos como jurídicos, esto es, vincula ciertos hechos a determinadas consecuencias, que se denominan consecuencias jurídicas. Pero, ¿cuáles son estas consecuencias jurídicas distintas, por ejemplo de las consecuencias naturales? La más importante y la más frecuente de estas consecuencias jurídicas es el surgimiento de una obligación, o en la persona de los coasociados, si se trata de una norma primaria, o en la persona de los jueces, si se trata de una norma secundaria. En otras palabras, cuando se dice que un hecho es valorado por una norma, no se dice nada distinto de que el hecho es la condición para que surja una obligación. Pero la obligación remite a una prescripción. Por esto, decir que ciertos hechos tienen determinadas consecuencias jurídicas significa reconocer que ciertos comportamientos, más que otros, son obligatorios en cuanto están prescritos; que, por ejemplo, determinados comportamientos, que sin la norma serían lícitos, están en cambio prohibidos, o determinados comportamientos, que sin la norma serían prohibidos, se tornan lícitos; quiere decir, en suma, referirse a una modificación de comportamientos, a esa modificación de comportamientos que es el fin al cual tiende cualquier prescripción. No se ve, en efecto, cómo una norma podría atribuir ciertas consecuencias si no fuese, cuando estas consecuencias son obligaciones, una prescripción que tienda a influir en el comportamiento ajeno. La función de la norma no es la de describir las consecuencias que se derivan de ciertos hechos, sino la de ejecutarlas.

Por lo demás, el significado prescriptivo de la norma jurídica resulta, bien miradas las cosas, del texto mismo de PERASSI, donde se lee: "Las valoraciones del derecho están dirigidas, en definitiva, a conformar el comportamiento de los individuos hacia los demás, a ciertas exigencias del equilibrio social"[15].

[15] PERASSI, *Introduzione*..., ed. cit., pág. 43.

Lo que lleva a demostrar que la función prescriptiva de la norma, entendida como se quiera, termina por surgir, y que, en definitiva, considerar la norma como juicio de valoración constituye un cambio de nombre que no implica un cambio de significado. Como confirmación de esto véase en la conclusión a que llega ALLORIO, quien acoge la definición de norma como juicio de valor, y quien sostiene que esta definición no es "incompatible con la concepción que usualmente se denomina imperativa del derecho". Al respecto dice: "De la misma definición de la norma jurídica como valoración o juicio se deriva..., como un modo diferente de expresar, sin inconvenientes de ninguna especie para la investigación del jurista, la misma realidad, la idea de *la norma como precepto*, que reclama observancia[16]. Parece ya una opinión en boga que la teoría de la norma como juicio de valor no ha desplazado el peso de la definición tradicional de la norma como imperativo, y que después de una larga vuelta ha regresado al punto de partida del imperativismo. Por último, he podido leer lo siguiente: "No existe antítesis entre el aspecto imperativo y el valorativo del derecho. Por el contrario, diría que el segundo aspecto no representa más que un desarrollo lógico del primero"[17].

La conclusión que podemos sacar del agotamiento de esta teoría de la norma como juicio de valor, vale para todas las doctrinas que se han propuesto negar en todo o en parte el imperativismo. Esto significa que el antiguo imperativismo ha resistido incólume la prueba. El antiguo imperativismo partía de una noción demasiado restringida de la norma jurídica como mandato, o sea, como imposiciones del soberano (es la concepción de la norma como mandato que de HOBBES llega hasta AUSTIN y que domina gran parte del positivismo jurídico estatalista del siglo pasado).

Una concepción tan restringida no podía sobrevivir a los ataques que provenían del estudio de experiencias jurídicas diferentes de la estatal y de una más desprevenida observación de las fuentes del derecho diferentes de la ley. El ordenamiento internacional, con su producción normativa caracterizada en gran parte por la costrumbre, no se prestaba a ser definido como un conjunto de mandatos, si consideramos que el término "mandato" se emplea para indicar la norma o el orden impuesto por una persona dotada de autoridad, y en el derecho internacional no hay personas ni supremacías personificadas.

[16] ALLORIO, *La pluralità degli ordinamenti giuridici*, ed. cit., pág. 255.

[17] FERRI, *Norma e negozio nel quadro dell'autonomia privata*, en "Riv. trim, dir. e proc. civ.", t. III, 1958, pág. 44.

Por lo demás, el vasto ámbito de la autonomía privada, dominada por la actividad negocial, o, con una expresión más amplia, del denominado "derecho de los particulares", ha revelado y continúa revelando un derecho que surge entre personas, tal vez bien definidas (como por ejemplo en un contrato), pero dándose entre ellas una relación no de subordinación (entre el superior y el inferior), sino de coordinación (entre iguales), y por tanto, también aquí la regla que delimita los comportamientos recíprocos no se puede denominar, sin que constituya un esfuerzo inútil, "mandato", o también "imperativo".

La reacción contra el imperativismo, mientras por "imperativismo" se entendió la teoría de la norma jurídica como mandato, fundada (aunque no se reconociera explícitamente) en la identificación del derecho con el derecho estatal, fue justa. Pero la reacción sobrepasó la medida, cuando para combatir la noción restringida de mandato o de imperativo, se terminó por creer o hacer creer que las normas jurídicas, inclusive los mandatos, no eran siquiera imperativos en el sentido más amplio del término ni prescripciones, sino juicios o valoraciones que pertenecían a un lenguaje diferente de aquel al cual pertenecen los mandatos, al lenguaje de la ciencia y no de lo normativo.

Al demostrar, como hemos tratado de hacerlo hasta aquí, que las teorías mixtas y las teorías negativas, aunque criticaban la identificación de las normas jurídicas con el mandato, nunca lograron superar el escollo que constituía la pertenencia del lenguaje de un sistema jurídico al lenguaje prescriptivo, hemos tratado de atenuar las contradicciones entre imperativistas y no imperativistas, haciendo ver más lo que tienen en común (aunque de ello no fueran conscientes), esto es, la pertenencia de las normas jurídicas, sean estas verdaderos y propios mandatos o imperativos impersonales o imperativos hipotéticos o normas técnicas, etc., a la categoría de las proposiciones prescriptivas, y no lo que los divide, esto es, la preeminencia dada a esta o aquella forma de prescripciones, lo que hizo creer que los "mandatos" del legislador estatal fueran esencialmente diferentes de las "prescripciones" de una costumbre o de las "normas" contractuales, siendo lo cierto que son *species* de un mismo *genus*. En otras palabras, la disputa entre imperativistas y no imperativistas se presentó como una disputa relativa al *genus*, mientras ha sido en realidad —esta es nuestra conclusión— una disputa respecto a las *species*, es decir, respecto a los diferentes tipos de proposiciones prescriptivas que pueden componer un sistema normativo, y no atacó la comunidad del género, al cual pertenecen todos los diversos tipos de normas, que es el género de las proposiciones prescriptivas distintas de las descriptivas.

Capítulo V

DE LAS PRESCRIPCIONES JURÍDICAS

37. En busca de un criterio

El hecho de que las normas jurídicas pertenezcan, en cuanto proposiciones, al lenguaje prescriptivo, puede dar lugar a interesantes consideraciones sobre su naturaleza, sobre su lógica y sobre su función, pero no resuelve el problema, al que se han consagrado los filósofos del derecho y los juristas, de diferenciar las normas jurídicas de otros tipos de normas. Es el problema que nos planteamos en este capítulo.

La tesis de la cual partimos es la siguiente: el problema de distinguir entre normas jurídicas y otros tipos de normas es, como ha sido denominado, el de las "características diferenciales" de la norma jurídica —frecuentemente subvalorado y rechazado, pero que surge continuamente—, problema que no se resuelve quedándose en los límites de un estudio puramente formal de las proposiciones normativas. Para que se pudiera resolver se requeriría que las prescripciones jurídicas tuvieran, en cuanto prescripciones, un carácter que las distinguiera de otros tipos de prescripciones, en otras palabras, que las proposiciones normativas pertenecientes al derecho fueran diferentes de otras proposiciones normativas por razón de un carácter inherente a su naturaleza de prescripciones. Son tentativas de solución puramente formales del carácter distintivo del derecho, las tentativas, ya examinadas y calificadas como inaceptables por nosotros, dirigidas a reconocer, por ejemplo, el elemento característico de las normas jurídicas en el hecho de que estas están constituidas por imperativos negativos (mientras la moral estaría constituida por imperativos positivos), o también en el hecho de que están constituidas por normas técnicas (mientras las morales estarían constituidas por normas éticas), o sea, más aún, en el hecho de que están constituidas por normas heterónomas, por imperativos impersonales, etc., (mientras la moral estaría constituida por normas autónomas, mandatos personales, etc.), en suma, todas las doctrinas que intentan dar respuesta a la pregunta "¿qué es el derecho?" en la forma del imperativo jurídico, como si el elemento diferencial de las normas jurídicas consistiera en ser *formalmente* diferente de las demás

normas. Aun la fórmula más aceptada de norma jurídica, "Si es A, debe ser B", puede aplicarse a muchos otros tipos de normas. Abro una gramática latina y leo: "Si en la oración principal hay un tiempo en indicativo, en la subordinada se debe usar el subjuntivo, etc.". Se trata de una regla cuya fórmula es: "Si es A, debe ser B". Si miramos bien, la norma jurídica se caracteriza, de acuerdo con KELSEN, porque A representa el ilícito y B la sanción, interpretación de la fórmula que se deriva no de la pura y simple relación formal indicada por aquella, sino de las cosas a las cuales hacen referencia los símbolos.

El mundo jurídico se nos presenta hasta ahora mucho más articulado y complejo que aquel que surge de las varias tentativas de reducción a esta o a aquella fórmula; y, por otra parte, el mundo normativo es tan amplio, como hemos visto desde las primeras páginas, que no hay tipo de prescripción relevante en un ordenamiento normativo jurídico que no se encuentre en cualquier otro sistema normativo. Creemos por tanto, que la tentativa de dar respuesta al problema de la definición del derecho, definiéndolo como una especie de prescripción es, ciertamente, una tentativa destinada al fracaso.

38. DE ALGUNOS CRITERIOS

Abandonado el criterio puramente formal, se presenta ante nuestra mirada el gran número de tentativas para definir el derecho recurriendo a otros criterios. El campo es tan vasto que se corre el riesgo de perderse, pues se trata, como se comprende fácilmente, de una considerable parte de la historia de la filosofía del derecho y de la teoría general del derecho, empeñada en definir el derecho por medio de la definición de la norma jurídica. No tenemos la pretensión de recorrer todo este espacio, sino solamente de dirigirnos a la solución que consideramos más satisfactoria, reagrupando en torno a algunos criterios fundamentales, distintos de los formales, un determinado número de teorías típicas.

1) El criterio más seguido ha sido siempre el de tratar de individualizar el carácter de la norma jurídica mediante su contenido. Pertenecen a esta categoría todas las teorías que afirman que la característica de la norma jurídica es la de regular siempre una relación intersubjetiva, o sea, no una relación entre una persona y una cosa ni entre una persona consigo misma, sino entre una persona y otra persona. Esta teoría se expresa también atribuyendo a la norma jurídica el carácter (he aquí una de las más conocidas "características diferenciales" de la norma jurídica) de la *bilateralidad*, a diferencia de la norma moral que sería *unilateral*.

El carácter de la bilateralidad consistiría en que la norma jurídica establece al mismo tiempo un derecho para un sujeto y un deber para otro sujeto; y la relación intersubjetiva que constituye el contenido típico de la norma jurídica, consistiría precisamente en la relación de interdependencia de un derecho y de un deber. Esta doctrina nace de una comprobación cuyo fundamento empírico, no puede desconocerse, es decir, que el derecho es una regulación de las acciones sociales de los hombres, o de las acciones del hombre que vive en sociedad con otros hombres. Esto explica su gran éxito. Se podría objetar que tal criterio sirve tal vez para distinguir el derecho de la moral, pero no para distinguir el derecho de las denominadas normas sociales, las cuales tienden, como las jurídicas, a regular las relaciones sociales de los individuos, razón por la cual las relaciones intersubjetivas también constituyen su contenido.

2) De esta crítica, que revela una insuficiencia del criterio del contenido, nace la exigencia de un nuevo criterio, el del fin. Con base en este nuevo criterio se afirma que el derecho regula, de igual manera a como lo hacen las normas sociales, relaciones intersubjetivas, pero no se trata de relaciones intersubjetivas genéricas. Las relaciones intersubjetivas reguladas por el derecho son relaciones específicas, y su especificidad la da el fin que el ordenamiento normativo jurídico se propone frente a otros ordenamientos normativos vigentes en una sociedad dada. Y este fin es la *conservación de la sociedad*. No todas las acciones sociales son igualmente necesarias, si bien algunos han dicho que son esenciales, para la conservación de la sociedad. Esencial es la acción de restituir lo debido y de resarcir el daño causado por la culpa, y no es esencial el saludarse por la calle o el cortar el pescado con el cuchillo; en toda sociedad se distinguen, en el conjunto de reglas de conducta, aquellas sin las cuales la sociedad no podría subsistir y aquellas que pueden modificarse o desaparecer sin que la estructura social particular deje de existir. A las primeras reglas se les atribuye la calificación de jurídicas.

Tampoco esta teoría se halla exenta de una seria objeción. Las reglas consideradas esenciales en una sociedad, pueden ser distintas de las reglas consideradas esenciales en otra sociedad. Lo que es norma social en una sociedad puede tornarse en norma jurídica en otra, y viceversa. Este criterio, en suma, sirve para decir que si en determinada sociedad una norma es jurídica, es porque se la considera esencial para la conservación de esa sociedad. Pero no es útil para el fin para el cual debería servir una definición de norma jurídica, o sea, para

reconocer una norma como jurídica en medio de otras normas. Para que sirviese a este fin se necesitaría que lográramos, a través de una fenomenología histórica del derecho, fijar en forma unívoca los caracteres que hacen de una norma una regla esencial para la conservación de la sociedad. Pero esta búsqueda no puede tener éxito a causa, precisamente, de la variedad histórica de las sociedades jurídicas.

3) Por la insuficiencia del criterio de los fines nos vemos lanzados, casi inevitablemente, al criterio del *sujeto que dicta la norma*. El criterio del fin es insuficiente porque el juicio sobre la utilidad del fin (esto es, la conservación de la sociedad) varía de tiempo en tiempo, y de lugar en lugar. ¿Quién decide en cada sociedad qué sirve y qué no sirve? Se responde: aquel o aquellos que tienen el poder soberano. Es esencial para la conservación de la sociedad lo que de cuando en cuando el poder soberano decide que es esencial, y por esta razón, la conclusión de esta nueva teoría es la siguiente: norma jurídica es aquella que independientemente de la forma que asuma, del contenido que tenga, o del fin que se proponga, es impuesta por el poder soberano, o sea por aquel poder que en una sociedad dada no es inferior a ningún otro poder, sino que está en capacidad de dominar a todos los demás. Una norma es siempre expresión de poder. En toda sociedad hay poderes inferiores y poderes superiores. Partiendo del poder inferior hasta llegar al poder superior, se llegará siempre a un poder después del cual no hay ningún otro poder; este es el poder soberano en su definición tradicional de *summa potestas superiorem non recognoscens*. Ahora bien, normas jurídicas son las dictadas e impuestas por quien tiene el poder soberano, sin que importe qué ordena, desde el momento en que solo aquel que ostenta el poder está en capacidad de decidir qué es esencial, o por lo menos, de hacer efectivas sus decisiones.

Esta respuesta, es claro, nos la da el más genuino positivismo jurídico, según el cual el soberano no dicta las normas esenciales para la conservación de la sociedad, sino que las normas dictadas por el soberano se vuelven esenciales por el solo hecho de que se hacen valer así sea recurriendo a la fuerza.

4) La crudeza de la teoría positivista del derecho remite a su opuestá, o sea a la teoría jusnaturalista en la acepción más amplia del término, esto es, a todas aquellas doctrinas que buscan la esencia del derecho en los *valores* (o ideales) en los cuales se inspira el legislador. Está bien que el derecho positivo sea el dictado e impuesto por el soberano (entendiéndose por soberano el grupo de personas que tiene el poder de hacer respetar, inclusive con la fuerza, las reglas de conducta que dicta).

Pero será necesario distinguir las decisiones de acuerdo con los ideales en los cuales se inspiran, y entonces serán jurídicas no todas las reglas sino solo aquellas que se inspiren en determinados valores. En general, al valor supremo en que se inspira el derecho se le da el nombre de *justicia*. De donde, para que una regla sea jurídica, es necesario que también sea justa, o sea que tienda a la realización de determinados valores más que a otros.

El defecto de la doctrina jusnaturalista está en que no hay acuerdo sobre qué es "justicia". Por "justicia" se entiende, en general, "igualdad". ¿Diremos entonces que normas jurídicas son aquellas que hacen posible el establecimiento de relaciones de igualdad entre los coasociados? Pero, ¿"igualdad" no es un término un poco vago? ¿Igualdad *respecto* de qué cosa? En la historia del pensamiento jurídico se conocen al menos cuatro respuestas a esta última pregunta: igualdad según el mérito, según la necesidad, según el trabajo, según el rango. ¿Cuál de estos criterios es el *justo*, esto es, el que permite decir que una norma es jurídica a quien sostenga que una norma, para ser jurídica, debe ser también justa?

5) Un quinto grupo de teorías se caracteriza por el hecho de buscar la naturaleza específica de la norma jurídica en el modo en que es acogida por el *destinatario*, o, en otros términos, en la naturaleza de las *obligaciones*. Se distinguen aquí, tradicionalmente, dos soluciones: la primera (que denominaremos kantiana porque fue KANT quien la explicó con mayor claridad), según la cual norma jurídica es aquella que es obedecida por las ventajas que de ella se pueden obtener, y como tal se contenta con una mera adhesión exterior (o sea con una acción *conforme al deber*), mientras que la norma moral debe ser obedecida por sí misma, y por tanto, reclama una obediencia interior, que no puede ser constreñida (o sea, una acción *por el deber*); la segunda (de la cual se encuentra una formulación en la teoría general del derecho de HAESAERT), de acuerdo con la cual puede decirse que nos encontramos frente a una norma jurídica solo cuando la persona a quien se dirige está convencida de su obligatoriedad, y actúa como en estado de necesidad, mientras que las normas no jurídicas, como las sociales, se caracterizan por un menor sentido de dependencia del sujeto pasivo frente a ellas, por una obligación no incondicionada sino condicionada a la libre elección del fin.

A estos dos criterios se les podría formular la objeción, varias veces repetida, de que las normas jurídicas, a causa de su posición intermedia entre las normas morales y las normas sociales, siempre que sean caracterizadas proponiéndose exclusivamente distinguirlas de las normas mo-

rales, se incluyen en un grupo común con las normas sociales y, por otra parte, cuando son caracterizadas proponiéndose exclusivamente distinguirlas de las normas sociales, se incluyen en un grupo común con las normas morales. Para confirmar lo anterior veamos el primer criterio, según el cual admitimos que la conformidad exterior de la norma es el carácter distintivo de la norma jurídica respecto de la moral. Pero, ¿no es esta una característica común a las normas jurídicas y a las sociales? De acuerdo con el segundo criterio admitimos que el sentimiento de una obligatoriedad incondicionada (lo que los juristas llaman, con referencia a la costumbre, *opinio iuris ac necessitatis*) sirve para caracterizar las normas jurídicas frente a las sociales. Pero, ¿acaso no es esta una característica común a las normas jurídicas y a las morales?

39. Un nuevo criterio: la respuesta a la violación

Con la enumeración del parágrafo precedente no creemos haber indicado todos los criterios adoptados para distinguir las normas jurídicas.

Solo indicamos algunos, para dar una idea de la complejidad del problema y de la diversidad de las opiniones. Aquí queremos exponer lo siguiente: 1) los mencionados criterios no son exclusivos, sino más bien mutuamente integrativos, y, por tanto, toda discusión sobre la superioridad del uno o del otro es estéril; 2) tratándose de dar una definición de norma jurídica, y no ya de descubrir la esencia del derecho, los criterios no deben ser valorados como verdaderos o falsos, sino como más o menos oportunos de acuerdo con el contexto de los problemas en el cual nos encontramos al dar una definición, y de las finalidades que se busquen con la definición.

Consideramos, además, que hay otro criterio que merece ser aclarado con particular atención, comoquiera que los juristas lo usan tradicionalmente y sin cuya comprensión nuestra orientación sería incompleta. Se trata del criterio que se refiere al momento de la *respuesta a la violación* y que, por tanto, desemboca en la noción de sanción.

Una norma prescribe lo que debe ser. Pero a lo que *debe ser* no necesariamente corresponde lo que *es*. Si la acción real no corresponde a la acción prescrita, se dice que la norma es violada. Es de la naturaleza de toda prescripción el ser violada, en cuanto expresa no lo que es, sino lo que debe ser. A la violación se da el nombre de ilícito. Cuando la norma es un imperativo negativo, el ilícito consiste en una acción, y en una omisión, cuando la norma es un imperativo positivo. En el primer caso, se dice que la norma no fue *observada*; en

el segundo, que no fue *cumplida*. Aunque los términos "observación" y "ejecución" de una norma se usen promiscuamente para indicar el comportamiento conforme a la norma, lo que se observa es una prohibición y lo que se cumple un mandato, por lo cual hay dos formas diferentes de violación, la *inobservancia* respecto de un imperativo negativo, y el *incumplimiento* respecto de un imperativo positivo. Se dice que la posibilidad de la transgresión distingue una norma de una ley científica. En otras palabras, se expresa el mismo concepto diciendo que la ley científica no soporta excepciones. Tanto la norma como la ley científica establecen una relación entre una condición y una consecuencia. Si la consecuencia, en el segundo caso, no se verifica, la ley científica deja de ser cierta. Si, por el contrario, no se verifica en el primer caso, la norma continúa siendo válida. Una ley científica no observada deja de ser una ley científica; una norma ineficaz continúa siendo una norma válida del sistema.

Esta diferencia pone de relieve un criterio de distinción entre sistema científico y sistema normativo, criterio que tiene relación con el tema de este parágrafo. En un sistema científico, cuando los hechos desmienten una ley se genera la modificación de la ley; en un sistema normativo, cuando la acción no se adecua a la norma, nos orientamos más a modificar la acción y a salvar la norma. En el primer caso, la contradicción se subsana modificando la ley y, por consiguiente, redimensionando el sistema; en el segundo caso, modificando la acción no conforme y, por consiguiente, tratando de hacerlo en forma tal que la acción no se lleve a cabo, o, por lo menos, tratando de neutralizar sus consecuencias.

La acción que se cumple sobre la conducta no conforme para anularla o, por lo menos, para eliminar sus consecuencias dañosas es, precisamente, lo que se denomina *sanción*. La sanción puede definirse, desde este punto de vista, como el medio con el cual se trata, en un sistema normativo, de salvaguardar las leyes ante la erosión de las acciones contrarias y es, por consiguiente, una consecuencia del hecho de que en un sistema normativo, a diferencia de lo que ocurre en un sistema científico, los principios dominan a los hechos antes que los hechos a los principios. Esta diferencia, por lo demás, nos lleva a lo que habíamos tenido ocasión de decir en otras oportunidades, o sea, que sistema científico y sistema normativo se distinguen por el diferente criterio con base en el cual se establece la pertenencia de las proposiciones al sistema, utilizando en el primer caso el criterio de la verificación empírica y en el segundo el principio de autoridad.

Podemos definir más brevemente la sanción como la *respuesta a la violación*. Todo sistema normativo conoce tanto la posibilidad

de la violación como también de un conjunto de medios para hacer frente a esta eventualidad. Podemos decir que todo sistema normativo implica la posibilidad de la sanción. Pero, ¿todas las sanciones son iguales? Puede tener algún interés estudiar las respuestas a las violaciones que establecen los diversos sistemas normativos. Puede ocurrir que este examen ofrezca un ulterior criterio de distinción entre la norma jurídica y otros tipos de normas.

Violación de la norma y sanción como respuesta a la violación están implícitas en todo sistema normativo. Se trata de ver si hay diversos tipos de respuesta y si estos diversos tipos de respuesta nos permiten una clasificación satisfactoria de los diferentes ordenamientos normativos.

40. La sanción moral

La sanción presupone la violación de la norma y solo entra en juego cuando se ha verificado una violación. Podemos partir de la hipótesis de un ordenamiento normativo que no sea violado jamás, y que, por consiguiente, no tenga necesidad de recurrir a la sanción. Se trata de una hipótesis abstracta; para que un ordenamiento normativo no sea violado jamás es necesaria una de dos condiciones: o que las normas estén perfectamente adecuadas a las inclinaciones de los destinatarios, o que los destinatarios se adhieran perfectamente a las prescripciones. Hay dos tipos extremos de sociedad que podrían realizar las dos condiciones: una sociedad de seres perfectamente racionales, o sea una sociedad un poco mejor que la real, y una sociedad de seres perfectamente automatizados, sin iniciativa y sin libertad, o sea una sociedad un poco peor que la real. En las sociedades históricas las normas nunca son tan racionales como para ser obedecidas por todos por su solo valor intrínseco, ni los hombres son nunca tan autómatas como para obedecer las normas con una especie de resignada pasividad. Todo sistema normativo en una sociedad real encuentra resistencias y reacciones, pero no todos responden a las violaciones de un mismo modo. Veamos cómo se pueden distinguir los diferentes tipos de normas con base en el diverso modo con el cual se sancionan.

Hay un modo de definir las normas morales que hace referencia precisamente a la sanción. Se dice que son morales aquellas normas *cuya sanción es puramente interior*. Por "sanción" se entiende siempre una consecuencia desagradable de la violación, cuyo fin es prevenir la violación, o, en el caso en que se produzca la violación, eliminar las consecuencias nocivas. La única consecuencia desagradable de la

violación de una norma moral es el sentimiento de culpa, un estado de incomodidad, de turbación, a veces de angustia, que en el lenguaje de la ética se denomina "remordimiento" o "arrepentimiento". Como toda norma en cuanto prevé una sanción puede ser formulada con un juicio hipotético: "Si no quieres Y, debes X", la norma moral "no mentir" puede formularse de este modo: "Si no deseas encontrarte en aquella situación de turbación que se llama «remordimiento», que deriva de sentirse en contradicción consigo mismo, no mientas". En esta forma el legislador moral también apela, para obtener la obediencia, a un estado que el destinatario desea evitar, en cuanto le sea posible.

Se dice que la norma moral obliga en conciencia: uno de los significados de esta expresión se aclara teniendo presente el tipo de sanción puramente interior que acompaña a la norma moral. Que la norma moral obligue en conciencia puede significar, entre otras cosas, que yo responda solamente frente a mi conciencia, es decir, en el sentido de que si la transgredo, no hay nadie diferente a mi conciencia en capacidad de castigarme. Se dice que del cumplimiento de la norma moral soy responsable solo frente a mí mismo. En el caso de responder también frente a los demás, intervendría un elemento nuevo, o sea, la relación con otros, la relación denominada externa, intersubjetiva, bilateral, que me hace entrar en una esfera normativa social o jurídica. Hasta tanto responda solamente frente a mí mismo, la respuesta a la violación eventual depende solamente de mí.

Por otro lado, si yo cumplo con mi deber solo por temor a los demás, o por complacerlos o para evitar que los otros me castiguen, mi acción no sería por esto mismo una acción moral. Nosotros comúnmente denominamos "moral" aquella acción que se cumple sin ninguna otra razón diferente de la satisfacción íntima que nos procura la adhesión a esta o la repugnancia a la insatisfacción también íntima que nos causaría su transgresión. Si no aceptamos hablar de satisfacciones y de insatisfacciones íntimas, se nos escapa todo elemento para distinguir las normas morales, al igual que todo criterio para distinguir las normas morales de las demás normas. Tiene sentido hablar del mundo moral de un individuo solo en cuanto atribuimos a ese individuo una serie de acciones que realiza para no encontrarse en desacuerdo consigo mismo, al no realizarlas. Si consideramos que el hombre actúa solo por temor a la sanción de los demás, con esto mismo habremos eliminado toda posibilidad de distinguir entre la normatividad moral y la jurídica, o, para decirlo en términos kantianos, entre la moralidad y la legalidad. Somos libres de negar esta diferencia, pero, precisamente, podemos ha-

cerlo solo a condición de negar la existencia de una sanción interior. De donde se desprende qué tipo de normas y tipo de sanción están estrechamente relacionados.

El defecto de la sanción interior es el de ser muy poco eficaz. El fin de la sanción es la eficacia de la norma, o, en otras palabras, la sanción es un medio para obtener que las normas sean menos violadas o que las consecuencias de la violación sean menos graves. La sanción interior es ciertamente un medio inadecuado. De hecho esta actúa, es decir, es funcional solamente en un número limitado de individuos, en aquellos capaces de experimentar satisfacciones e insatisfacciones íntimas. Son propiamente estos individuos los que por lo general respetan las normas morales. En un individuo que no tenga inclinación alguna al respeto de las normas morales, la sanción interior no produce ningún efecto. Para sentirse culpable en caso de violación de una norma se necesita estar dotado de sensibilidad moral, precisamente de aquella sensibilidad que es el mejor terreno para que se desarrolle la inclinación a respetar las leyes morales. La sanción interior se considera socialmente tan poco eficaz que las normas morales de ordinario han sido reforzadas con sanciones de orden religioso, que son sanciones externas y no ya internas. No existe ningún legislador que para obtener el respeto de la norma que dicta se confíe exclusivamente en la eficacia de la sanción interior.

41. LAS SANCIONES SOCIALES

Así como hemos denominado sanción interna a la que nos infligimos a nosotros mismos, se puede denominar *externa* a la que proviene de otros, ya sean tomados individualmente o como grupo social. Cuando la violación de una norma suscita una respuesta por parte de aquellos con quienes convivimos, la norma es sancionada externamente. La sanción externa es característica de las acciones sociales, o sea, de todas aquellas normas de la costumbre, de la urbanidad y, en general, de la vida social, que están dirigidas al fin de hacer más agradable o menos difícil la convivencia. Estas normas nacen, en general, en forma de costumbres de un grupo social, y es el mismo grupo social el que responde a la violación de estas con diversos comportamientos que constituyen sus sanciones.

Estos comportamientos sancionatorios tienen diferente grado de gravedad: se parte de la pura y simple *reprobación* y se va hasta la *exclusión* del grupo, que puede consistir en cierta forma de *aislamiento*

en interés del mismo grupo, o bien en una verdadera y propia *expulsión*. La forma más grave de sanción social es el *linchamiento*, que es una típica sanción de grupo, expresión de la muchedumbre, forma primitiva, espontánea e irreflexiva del grupo social. No hay ninguna duda de la eficacia de las sanciones de este género.

Gran parte de la cohesión del grupo social se debe a la uniformidad de comportamientos, provocada por la presencia de normas con sanción externa, esto es, de normas cuya ejecución está garantizada por diversas respuestas, más o menos enérgicas, que el grupo social da en caso de violación. Se dice que la reacción del grupo a la violación de las normas que garantiza su cohesión y es uno de los medios más eficaces de *control social*. La presencia de los demás con sus gustos, con sus opiniones o con sus hábitos en la vida de cada uno de nosotros, es a veces opresiva. Hay muchos comportamientos que no asumimos por temor al juicio que los demás darán de nosotros, y a las consecuencias que este juicio podría acarrearnos. Si debemos vivir en medio de otros es natural que tengamos en cuenta la reacción que nuestro comportamiento puede suscitar en los demás. Esta presencia de los demás es tanto más intensa en la medida en que el grupo sea más homogéneo, escasamente articulado, cerrado y exclusivo. En grupos de este género la sanción social es tan eficaz que produce una situación de verdadero conformismo, o sea de adhesión generalizada, uniforme y estática, de la cual nace el fenómeno de la cristalización social característico de las sociedades primitivas. En la medida en que el grupo pierde homogeneidad y se articula en subgrupos, se abre a un intercambio continuo con miembros de otros grupos, es constreñido a coexistir con otros grupos (deja de ser exclusivo), y entonces las sanciones sociales pierden eficacia, aunque no desaparecen del todo. No existe grupo sin un mínimo de conformismo.

El defecto de las sanciones sociales no es de todos modos la ausencia de eficacia, sino la falta *de proporción entre violación y respuesta*. Cuando la respuesta está confiada al grupo de manera impersonal o a algunos miembros del grupo no definidos personalmente, la respuesta no se guía por reglas precisas. En primer lugar, es más fácil escapar a esta que no a una sanción regulada, y confiada a órganos institucionales del grupo. Los comportamientos hipócritas están funcionalmente dirigidos a eludir las sanciones sociales, es decir, son el producto natural de la exterioridad y de la inorganicidad de tales sanciones. En este caso las sanciones sociales pecan por defecto. En segundo lugar, precisamente a causa de la inmediatez y de la inorganicidad de las reacciones, la respuesta no es siempre igual para los mismos tipos de violaciones, sino que es dependiente de los humores del grupo que son variables:

contra una misma acción el grupo puede reaccionar en forma diferente por circunstancias que no tienen nada que ver con la gravedad social de esa acción. En fin, la respuesta puede ser desproporcionada a la gravedad de las violaciones, es decir, confiada como está a la reacción inmediata e indirecta, ella puede expresar sentimientos que un comportamiento controlado y reflexivo podría reprimir. Un ejemplo típico de esta desproporción es el linchamiento. Concluyendo, se puede decir que los defectos de las sanciones sociales están representados en la *incertidumbre* de su resultado, la *inconstancia* de su aplicación y la *falta de medida* en la relación entre violación y respuesta.

Estos inconvenientes dependen del hecho de que este tipo de sanción no está *institucionalizado*, esto es, no está regulado por normas fijas, precisas, cuya ejecución esté confiada en forma estable a algunos miembros del grupo, expresamente designados para ello. Se puede decir, entonces, que las sanciones sociales son una respuesta a la violación de reglas establecidas por el grupo; pero ella misma, en cuanto respuesta, no está a su vez regulada. Por consiguiente, es característica de los grupos inorgánicos, de los que carecen de organización, es decir, de aquellos grupos que de acuerdo con la definición dada en el parágrafo 5, no son todavía *instituciones*. Para que se pueda hablar de institución no basta que existan reglas de conducta que dirijan la conducta de los asociados, pues es necesaria una organización, fundada en reglas, del grupo mismo a través de la determinación de los fines, medios y órganos del grupo. La producción de reglas secundarias para la observancia y ejecución de las reglas primarias, esto es, la institucionalización de las sanciones hace parte generalmente de la organización del grupo.

Se dice que un grupo se organiza cuando pasa de la fase de la sanción incontrolada a la de la sanción controlada; y usualmente se llama grupo jurídico, ordenamiento jurídico, con una palabra que implica "institución", a un grupo con sanciones institucionalizadas.

42. La sanción jurídica

Para obviar los inconvenientes de la sanción interna, o sea su escasa eficacia, y los de la sanción externa no institucionalizada, principalmente la falta de proporción entre violación y respuesta, el grupo social institucionaliza la sanción, esto es, regula los comportamientos de los asociados, y regula también la reacción a los comportamientos contrarios. Este tipo de sanción se distingue de la moral por ser *externa*, es decir, por ser una respuesta del grupo, y de la social por estar *institucio-*

nalizada, esto es, por estar regulada en general con las mismas formas y por medio de las mismas fuentes de producción de las reglas primarias. Ello nos ofrece un criterio para distinguir las normas que habitualmente llamamos jurídicas de las normas morales y del conjunto de las normas sociales. Se trata de normas cuya violación tiene como consecuencia una respuesta *externa* e *institucionalizada*. Como se quería demostrar, el tipo de sanción sirve para introducir una nueva distinción entre los diferentes tipos de normas, distinción que sirve para diferenciar una clase de normas tanto de las normas morales como de las normas sociales.

La presencia de una sanción externa e institucionalizada es una de las características de aquellos grupos de normas que constituyen, de acuerdo con una acepción que se hace cada vez más común, los ordenamientos jurídicos. Podemos, por lo tanto, considerar este tipo de sanciones como un nuevo criterio para distinguir las normas jurídicas. Diremos entonces, con base en este criterio, que "normas jurídicas" son aquellas cuya ejecución está garantizada por una sanción externa e institucionalizada. No pretendemos hacer de este criterio un criterio exclusivo. Nos limitamos a decir que sirve para circunscribir una esfera de normas que usualmente se denominan jurídicas, quizás en mejor forma que otros criterios.

La primera manifestación de lo que tradicionalmente se llama "derecho internacional" es el denominado derecho de guerra, o sea el conjunto de reglas aceptadas por los Estados como reglas obligatorias, que reglamentan la guerra como sanción, o sea, como respuesta a las violaciones de las normas que regulan las relaciones entre los Estados. Hasta el momento en que la guerra no fue controlada se podía decir que los Estados vivían entre sí en estado de naturaleza; el estado de comunidad jurídica internacional surgió cuando se hizo de la guerra una institución regulada por reglas. Lo que nos lleva a hablar de institución jurídica a propósito de las asociaciones para delinquir, es la precisión con la que se establecen las penas para los transgresores, y el empeño aplicado para hacerlas cumplir. Mientras la sanción no se confíe al arbitrio de este o de aquel miembro del grupo, es por consiguiente imprevisible en su aplicación y en su mesura, y el grupo no es, en la acepción más amplia de institución, un grupo jurídicamente organizado, ni se pueden por tanto llamar jurídicas las reglas que lo regulan. Nosotros tendemos a hacer coincidir la juridicidad con la organización y la organización con la institucionalización de la sanción. Por esto creemos poder afirmar que la sanción externa e institucionalizada es una característica distintiva de las normas jurídicas.

No hay duda que el principal efecto de la institucionalidad de la sanción es la mayor eficacia de las normas respectivas. Cuando se habla de sanción institucionalizada se entienden las siguientes tres cosas, aunque no siempre se encuentren en conjunto a un mismo tiempo: 1) para toda violación de una regla primaria se ha establecido su sanción correspondiente; 2) se establece, si bien dentro de ciertos términos, cuál es la medida de la sanción; 3) se indican las personas encargadas de cumplir la ejecución. Como se ve, se trata de limitaciones que tienden a reglamentar el fenómeno de la sanción espontánea e inmediata del grupo. Con la primera limitación se asegura la certeza de la respuesta, con la segunda la proporcionalidad, y con la tercera la imparcialidad. Todas estas tres limitaciones, en conjunto, tienen como fin común aumentar la eficacia de las reglas institucionales, y, en definitiva, de la institución en su conjunto. Ateniéndonos a estos tres criterios podemos decir que lo que caracteriza la norma jurídica respecto de las morales y sociales, es el ser una norma con *eficacia reforzada*. Tan es así que las normas estatales se consideran como las normas jurídicas por excelencia, para distinguirlas de todas las otras normas reguladoras de nuestra vida, porque tienen la máxima eficacia.

Es claro que también en la esfera de lo normativo con eficacia reforzada hay varios estadios, y se presentará siempre aquella zona limítrofe o de paso en la cual todo criterio, y, por tanto, también este, parece inadecuado, puesto que la realidad es siempre más rica que todo esquema, y es bien claro, una vez más, que aquí se proponen esquemas de clasificación y no definiciones de esencias puras. En particular, en el ámbito del esquema aquí explicado, se puede introducir una distinción, al menos entre dos diferentes estadios de eficacia reforzada, según que el órgano encargado de ejecutar la sanción sea el mismo ofendido o una persona diferente. Si nosotros denominamos *defensa* al complicado proceso de la sanción organizada, podemos distinguir un proceso de *autodefensa*, que tiene lugar cuando el titular del derecho de ejercitar la sanción es el mismo titular del derecho violado, y un proceso de *heterodefensa*, que tiene lugar cuando los dos titulares son personas diferentes. El proceso de autodefensa asegura menos la igualdad proporcional entre violación y respuesta, y es, por lo tanto, sustituido en los ordenamientos más evolucionados por el proceso de heterodefensa. El reconocimiento de la venganza privada como sanción en determinados ordenamientos primitivos da lugar a una institución de autodefensa; y a medida que se refuerza el poder central de un ordenamiento, la función de la defensa de las normas jurídicas se substrae cada vez más de los individuos para dársela a órganos diferentes a las partes en con-

flicto: el sistema de la heterodefensa sustituye poco a poco el de la autodefensa. Solo el sistema de la heterodefensa garantiza, además de la mayor eficacia, también una mayor proporción entre el ilícito y la reparación, y, por consiguiente, satisface mejor algunas exigencias fundamentales de toda vida social, entre las cuales está ciertamente el orden, para cuyo mantenimiento basta la garantía de que las normas impuestas se hagan valer, pero sobre todo, *la igualdad en el tratamiento*, que se asegura solo cuando la sanción se atribuye a un órgano *superpartes.*

43. La adhesión espontánea

Naturalmente la idea sostenida aquí de que es útil para delimitar el ámbito de la noción de derecho, el tener en cuenta el tipo de respuesta que los diferentes ordenamientos dan a la violación de las reglas de conducta, no puede ser aceptada por quienes niegan a la sanción el carácter de elemento constitutivo de la noción del derecho, y consideran, por el contrario, que la sanción es un elemento secundario. Sobre el problema de la sanción los clásicos han gastado ríos de tinta; y casi que podría agruparse a los filósofos del derecho, del pasado y del presente, en dos grandes corrientes, de las cuales una es la de los "sancionistas" y la otra la de los "no-sancionistas". Quizás no hay problema de la filosofía del derecho que haya dado motivo para mayores y más encarnizadas discusiones y que haya sido objeto de mayores indagaciones y reflexiones.

Aquí nos limitaremos a exponer los principales argumentos de los no-sancionistas, y a mostrar de qué manera pueden ser superados tales argumentos.

El primer argumento es el de la *adhesión espontánea.* La sanción, se dice, no es elemento constitutivo del derecho, porque un ordenamiento jurídico cuenta, primero que todo, con la adhesión espontánea a sus reglas, o sea con la obediencia dada no por el temor de la consecuencia desagradable de una eventual violación, sino por consenso, por convicción, o por mero hábito, de todos modos por motivos que no presuponen que se ponga en movimiento el mecanismo de la sanción. Sería una desgracia, se observa, si un ordenamiento jurídico no pudiera contar de alguna forma con el consenso de sus miembros. ¿Cómo podría ser eficaz un ordenamiento jurídico si la eficacia se obtuviese solamente con la fuerza? Una tesis semejante se apoya en la comprobación de que en la gran mayoría de casos las acciones de los asociados son conformes a las reglas de conducta establecidas en el ordenamiento jurídico, y que los casos de violación no son la regla sino la excepción.

Este primer argumento no es muy sólido. Nadie desconoce el hecho de la adhesión espontánea, pero este hecho no excluye el otro hecho de que, históricamente, hay ordenamientos en los cuales la adhesión espontánea no parece garantía suficiente y, que por tanto, hacen uso de otras reglas como medios para corregir la eventual falta de adhesión espontánea. Se puede decir que en estos ordenamientos ciertamente la adhesión espontánea es necesaria, aunque no suficiente. El problema de fondo es si desaparecida la adhesión espontánea, la regla permanece violada, o si hay una respuesta a la violación y con qué medios ella ha sido regulada. En otras palabras, el problema no es ya si la sanción es siempre necesaria, sino si se necesita en los casos en que debe aplicarse, es decir, en los casos de violación. Un ordenamiento normativo en el que nunca fuese necesario recurrir a la sanción y fuese siempre seguido espontáneamente, sería tan distinto de los ordenamientos históricos que usualmente llamamos jurídicos, que ninguno se atrevería a ver en ellos la idea de derecho, signo evidente de que la adhesión espontánea acompaña la formación y la perdurabilidad de un ordenamiento jurídico, pero no lo caracteriza. Con razón observa KELSEN: "Si el ordenamiento social del futuro no debiese tener ya el carácter de ordenamiento coercitivo, si la sociedad debiese existir sin derecho, entonces la diferencia entre esta sociedad del futuro y la presente sería inconmensurablemente más grande que la diferencia entre los Estados Unidos y la Antigua Babilonia, o entre Suiza y la tribu de los Ashanti"[1].

Concluyendo, quien sostiene que la sanción organizada es característica distintiva de los ordenamientos jurídicos no niega la eficacia de las reglas de este ordenamiento a través de la simple adhesión espontánea, sino afirma que el ordenamiento cuenta, *en última instancia*, con la eficacia obtenida a través del aparato de las sanciones.

Quienes sostienen la tesis de la adhesión espontánea podrían reforzarse con el argumento "filosófico", según el cual el hombre, siendo libre por naturaleza, no puede ser constreñido, y, por tanto, aun la obediencia obtenida por medio de las sanciones debe ser una obediencia libre, fundada en el consenso, y como tal indistinguible de la obediencia espontánea. Quienes quisieran valerse de este argumento lo encontrarán expuesto con la máxima claridad en una página de CROCE, quien dice precisamente a propósito de la coacción como elemento constitutivo del derecho: "Ninguna acción puede ser jamás impuesta; toda acción es libre, porque el espíritu es libertad; podrá, en un determinado caso, no encontrarse la acción que se había supuesto, pero una acción cons-

[1] KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, *ed. cit.*, pág. 19.

treñida es cosa que no se entiende, porque los dos términos son repugnantes"[2]. Admitamos también, observa CROCE, que a la inobservancia siga la pena, pero también la pena encuentra siempre frente a sí la libertad del individuo: "Para evitar la pena o su repetición este podrá, libremente, observar las leyes, lo que no impide que pueda también libremente rebelarse".

Se puede sostener que aun la obediencia obtenida con una amenaza de sanción está fundada en definitiva en el consentimiento, con tal que se mire desde un punto de vista tan alto (aquel que generalmente se llama punto de vista "especulativo") que no se llegue ya a ver las diferencias de grado, las cuales, por lo demás, son las únicas diferencias que nos interesan en este lugar. Admitamos que el consentimiento y la fuerza no se puedan distinguir con un corte neto, y que un mínimo de consentimiento es siempre necesario, aun en el caso en que la acción está constreñida al máximo. La distinción empírica entre adhesión libre y adhesión forzada subsiste. La adhesión forzada requiere un aparato de órganos y de funciones que se sobrepone y completa determinado sistema normativo. Este aparato tiene cierto fin, que es el de reforzar la eficacia de las normas, y produce cierto efecto, el de obtener la obediencia aun cuando el asociado sea reacio a obedecer.

Por otra parte, la presencia de este aparato es lo que distingue un ordenamiento de otro, cualesquiera que sean las consecuencias que tenga en el modo con que se manifiesta la obediencia. Si la adhesión dada por el consentimiento y la obtenida por la fuerza pueden aparecer indistinguibles para quien mira el problema, preocupado de la libertad del Espíritu, aparecen claras y bastante claras a quien se propone el fin de estudiar los medios con los cuales se obtiene el consentimiento y deducir de ellos elementos indicativos para caracterizar diversos tipos de ordenamientos normativos.

44. NORMAS SIN SANCIÓN

El argumento más común y también más fácil contra la teoría que ve en la sanción uno de los elementos constitutivos de un ordenamiento jurídico, es el que se basa en la presencia, en todo ordenamiento jurídico, de normas no garantizadas por sanciones. No hay duda que en todo ordenamiento jurídico existen normas de las cuales nadie sabría indicar cuál es la consecuencia desagradable imputada en caso de violación. No hay jurista que no pueda citar un cierto número de ellas,

[2] CROCE, *Filosofia della pratica*, 3ª edic., pág. 310.

tanto en el derecho privado como, y sobre todo, en el derecho público. En el campo del derecho privado tómese, por ejemplo, una norma como el artículo 315 del C. C. italiano: "El hijo, cualquiera que sea su edad, debe honrar y respetar a sus padres". En el derecho público, los ejemplos son más numerosos, tanto que en un texto constitucional, por lo menos en la parte que respecta a la organización de los poderes del Estado, prevalecen las normas no sancionables sobre las sancionables. ALLORIO cita, en una discusión sobre la sanción, el artículo 154 del C. de P. P. italiano, que parece hecho de aposta para presentarles la oportunidad a quienes niegan las sanciones: "Los magistrados, los secretarios, los oficiales judiciales, los oficiales y agentes de policía están obligados a observar las normas establecidas en este Código aun cuando *la inobservancia no implique nulidad u otra sanción particular*". En este artículo el legislador mismo parte del presupuesto de que pueden existir normas no sancionadas; en otras palabras, la presencia de normas no sancionadas no es solamente un hecho observado en la doctrina sino una hipótesis acogida por el mismo legislador, una hipótesis a la cual el mismo legislador atribuye ciertas consecuencias (o mejor la ausencia de ciertas consecuencias).

La existencia de normas no sancionadas en un ordenamiento jurídico es un hecho incontestable. La solución a esta dificultad por parte de quien considera la sanción como elemento constitutivo del derecho, no es ciertamente la de negar el hecho. El hecho es lo que es. Se trata, cuando más, de ver cómo este hecho puede ser acogido y justificado en una teoría del derecho como conjunto de reglas con sanción organizada. Una solución sería la de negar a la norma no sancionada el carácter de norma jurídica. Pero es una salida radical no necesaria. La dificultad puede ser resuelta de otro modo, o sea, observando que cuando se habla de una sanción organizada como elemento constitutivo del derecho, se hace referencia, no a la norma individual, sino al *ordenamiento normativo tomado en conjunto*, razón por la cual decir que la sanción organizada distingue el ordenamiento jurídico de todo otro tipo de ordenamiento, no implica que todas las normas del sistema sean sancionadas, sino solamente que lo sean la *mayor parte* de ellas. Cuando me coloco frente a una norma individual y me pregunto si es o no una norma jurídica, el criterio de la juridicidad no es ciertamente la sanción, sino la pertenencia al sistema, o sea, la *validez*, en el sentido ya aclarado de referibilidad de la norma a una de las fuentes de producción normativa reconocidas como legítimas. Las sanciones hacen relación, no a la validez, sino a la eficacia, y ya habíamos visto que una norma individual puede ser válida sin ser eficaz (*supra*, cap. II, parágrafos 9 y 10).

Se comprende que el legislador tiende a producir normas no solo válidas sino también eficaces. Pero se puede observar que cuando tropezamos con normas no provistas de sanción, nos encontramos frente a estos dos casos típicos:

1) O se trata de normas para cuya eficacia se cuenta con la adhesión espontánea, dada su conocida oportunidad o correspondencia con la conciencia popular o, para decirlo con una palabra muy significativa, dada su justicia, por lo cual se considera inútil la sanción.

2) O bien, se trata de normas, colocadas con una autoridad tan alta en la jerarquía de las normas, que se hace imposible, o por lo menos muy poco eficiente, la aplicación de una sanción. En ambos casos la ausencia de sanción no depende de un defecto del sistema en su conjunto, sino de circunstancias particulares de las normas individuales, circunstancias que hacen, en aquel determinado caso y solo en él, o *inútil* o *imposible* la aplicación de una sanción, sin que por otro lado sea atacado el principio que inspira la aplicación del mecanismo de la sanción, o sea, el principio de la eficacia reforzada, el cual vale cuando esta eficacia reforzada es posible y cuando siendo posible, es también necesaria o por lo menos particularmente útil.

Este segundo caso, o sea, el de las normas superiores en la jerarquía normativa, como son las normas constitucionales, merece una particular consideración porque es un poco el caballo de batalla de los no-sancionistas, para quienes parece extraño, por no decir absurdo, que carezcan de sanción precisamente las normas más importantes del sistema. En realidad, para nosotros esta ausencia de sanción en el vértice del sistema no parece absurda, sino, por el contrario, del todo natural. La aplicación de la sanción presupone un aparato coercitivo, y el aparato coercitivo presupone el poder, esto es, presupone una separación de fuerza imperativa, o, si se quiere, de autoridad entre quien dicta la norma y quien debe obedecerla. Es, por tanto, del todo natural que ocurra que pasando de las normas inferiores a las superiores, nos aproximemos a las fuentes del poder y disminuya la distancia que separa a quien dicta la norma de quien debe seguirla, que el aparato coercitivo pierda vigor y eficacia, hasta que llegando a las fuentes del poder mismo, esto es, al poder supremo (que aquí se denomina "constituyente"), no sea posible añadir una fuerza coercitiva porque la contradicción no lo permite, esto es, porque si esta fuerza existiera ese poder ya no sería supremo.

El problema de la relación entre derecho y fuerza es muy complejo, y no es este el momento para profundizar en él. Aquí basta decir que al pasar de las normas inferiores de un ordenamiento a las superiores,

pasamos de la fase en la cual la fuerza se dirige a *aplicar* el derecho a aquella en la cual sirve para *producirlo*, y, por tanto, pasamos del concepto de fuerza como sanción de un derecho ya establecido (o sea, medio para hacer eficaz el derecho) al concepto de fuerza como producción de un derecho que debe valer hacia el futuro. En este paso de los planos más bajos a los planos más altos de un ordenamiento se presenta poco a poco una inversión de las relaciones entre derecho y fuerza, sin que sea dado precisar en qué punto se presenta esta inversión; en los planos más bajos *la fuerza está al servicio del derecho*; en los planos más altos *el derecho está al servicio de la fuerza*. Con otra expresión podemos decir que, mirando un ordenamiento jurídico de abajo hacia arriba (este es el punto de vista francamente más jurídico, o sea, precisamente el del jurista), vemos un poder coercitivo dirigido a que un conjunto de reglas sea obedecido; mirándolo de arriba hacia abajo (este es precisamente el punto de vista político), vemos un conjunto de reglas destinadas a que se pueda ejercer el poder.

Si las cosas son de este modo, el hecho de que las normas superiores no estén sancionadas es natural por otra razón todavía más decisiva, esto es, no ya por una razón de hecho (la imposibilidad de constreñir por la fuerza a quien tiene la fuente misma de la fuerza), sino por una razón de derecho: cuando quienes actúan en la cima del poder lo hacen no conforme a una norma del sistema, este comportamiento no es una *violación* de una norma precedente, sino la *producción* de una nueva norma, o sea, una modificación del sistema, y, por tanto, el problema de la sanción, que presupone un ilícito, cae como improponible. En suma, esto no implica que un comportamiento opuesto sea siempre un ilícito; puede ser la posición de una nueva licitud, en cuyo caso la sanción es jurídicamente imposible. Pongamos un ejemplo extremo: en el artículo 139 de la Constitución italiana, como es sabido, se señala un límite normativo al mismo poder constituyente al decir que "la forma republicana no puede ser objeto de revisión constitucional". ¿Qué ocurriría si una asamblea constituyente violase este artículo? Sería pura y simplemente la instauración de una nueva Constitución.

Lo que se ha dicho hasta aquí sobre las normas superiores del ordenamiento no debe hacer creer que el derecho público en general sea un derecho no sancionado. Al contrario, se ha de decir que si alguna tendencia ha sobresalido en la evolución del derecho público europeo, en relación con el problema de la sanción, ha sido la de una cada vez menor diferenciación entre derecho privado y derecho público. El "Estado de derecho" ha avanzado y continúa avanzando en la medida en que los poderes

arbitrarios se sustituyen por poderes jurídicamente controlados, los órganos irresponsables por órganos jurídicamente responsables, en fin, en la medida en que el ordenamiento jurídico organiza la respuesta a la violación que proviene, no solo de los ciudadanos particulares, sino también de los funcionarios públicos.

Se podría señalar una de las muchas diferencias entre el Estado policivo y el Estado de derecho poniendo en relieve la extensión del mecanismo de la sanción desde la base hasta el vértice, lo que es también una confirmación de la importancia de la sanción con fines a establecer los caracteres diferenciales del ordenamiento jurídico, es decir, que la evolución del ordenamiento jurídico se expresa, no ya en la restricción, sino en la ampliación del aparato sancionatorio. Un ordenamiento es tanto más "jurídico" (el Estado de derecho es un Estado en el cual el control jurídico se ha ampliado y por consiguiente es más "jurídico" que un Estado policivo) cuanto más perfeccionadas estén las técnicas sancionatorias.

45. Ordenamientos sin sanción

Sin embargo, aquí aparece una objeción más grave. Hasta aquí nos hemos defendido de la objeción fundada en la constatación de normas sin sanción en un ordenamiento jurídico, y lo hemos hecho afirmando que en cuanto a la teoría de la sanción lo que cuenta no es que todas las normas individuales pertenecientes a un sistema sean sancionadas, sino que lo sean la mayor parte, o, en otras palabras, que el ordenamiento recurra a la técnica de las sanciones institucionalizadas, a pesar de que luego esta técnica disminuya en algunos casos. Hemos respondido, en suma, partiendo de la norma particular y refugiándonos en el ordenamiento como conjunto de normas.

Pero ante esta respuesta los no-sancionistas replican afirmando que existen ordenamientos completos, que aunque se suelen denominar jurídicos, les falta por completo la institucionalización de la sanción. Frente a esta objeción, la respuesta dada en el parágrafo precedente ya no sirve. El ejemplo característico que se suele dar de ordenamiento jurídico sin sanción institucionalizada es el del *ordenamiento internacional*. Si el ordenamiento internacional, se dice, es un ordenamiento jurídico, ¿cómo se puede hablar de derecho y de sanción como de dos términos indisolubles? En general, esta objeción es una de las consecuencias de la teoría institucional del derecho, y de la reconocida pluralidad de los ordenamientos jurídicos. Se admite que la correlación entre dere-

cho y sanción podía ser acogida mientras no se reconociera otro ordenamiento jurídico diferente del ordenamiento del Estado. Ampliada, a través de la teoría de la institución, la noción de ordenamiento jurídico quedaría atrapada en la red de otros ordenamientos en los que esta correlación entre derecho y sanción no existe, o por lo menos no aparece ya con la misma evidencia con la cual aparecía cuando se consideraba el ordenamiento estatal como el único ordenamiento jurídico.

Creemos que esta objeción no es insuperable. Ciertamente la característica aquí explicada de la sanción organizada tiene una función limitativa, por cuanto sirve para circunscribir en la categoría de las instituciones o de los ordenamientos normativos aquellos a los cuales se considera que es más apropiado reservar el calificativo de "jurídicos", y evita, por tanto, identificar, y no se ve qué ventajas se podrían sacar de ello para comprender mejor el fenómeno jurídico, el sistema normativo en general con el sistema jurídico. Pero debe añadirse que esta delimitación no es de tal naturaleza que reduzca, una vez más, el ordenamiento jurídico al solo ordenamiento estatal. En la definición de ordenamientos con eficacia reforzada mediante la organización de las sanciones quedan comprendidas perfectamente instituciones como la mafia, las sociedades secretas, la caballería con su código del honor, que es esencialmente un conjunto de reglas de procedimiento y, en general, todas las asociaciones que se organizan sobre la base del poder de expulsión (o de otras sanciones menores) a sus socios transgresores.

Por lo que respecta al ordenamiento internacional habría, como en el caso de las normas no sancionadas, la escapatoria de no considerarlo un ordenamiento jurídico. Aquí nos encontramos frente a una cuestión de palabras, y, por consiguiente, frente a una cuestión de mera oportunidad.

Sin embargo, es un hecho que la expresión "derecho internacional" ha entrado en el uso común, y por tanto es aconsejable servirse de una acepción del término "derecho" tan amplia que comprenda aun el ordenamiento internacional. Pero, ¿es cierto que la característica de la sanción organizada, una vez acogida, terminaría excluyendo de la connotación del término "derecho" al ordenamiento internacional?

Sin adentrarnos en la cuestión de la juridicidad del derecho internacional, permítasenos repetir aquí lo que ya hemos dicho, o sea, que el derecho internacional nace al mismo tiempo que las reglamentaciones de la guerra, esto es, con la toma de conciencia por parte de los miembros de la comunidad estatal de la naturaleza sancionatoria de la guerra, y, por consiguiente, de la necesidad de señalar los límites con reglas

concordantemente aceptadas, o sea, que nace junto con la institucionalización de la guerra en cuanto sanción. Por lo demás, es tesis aceptada aún por algunos internacionalistas que el derecho internacional tiene también sanciones y prevé el modo y la medida de su ejercicio. La violación de una norma internacional por parte de un Estado constituye un ilícito. ¿Acaso en el ordenamiento internacional un ilícito no acarrea consecuencia alguna? ¿Qué son las represalias y, en casos extremos, no es la guerra una *respuesta a la violación*, esto es, la respuesta posible y legítima a la violación en aquella particular sociedad que es la sociedad de Estados? Ahora bien, respecto a esta respuesta a la violación no hay más que dos posibilidades: o la respuesta es libre o está a su vez regulada y controlada por otras normas pertenecientes al sistema. La primera posibilidad se presenta en el hipotético estado de naturaleza; la segunda es la que encuentra aplicación en la comunidad internacional a través de la reglamentación del derecho de represalia y de guerra. Por consiguiente, aun el ordenamiento internacional es un ordenamiento jurídico en el preciso sentido en que se habla de ordenamiento jurídico como ordenamiento con sanción regulada.

Si hay diferencia entre el ordenamiento internacional y otros ordenamientos, como por ejemplo el ordenamiento estatal, esta no consiste en la carencia de una sanción regulada sino, si acaso, solamente en el modo como es regulada. Pero se trata entonces de una diferencia no principal sino accesoria. Para acoger esta diferencia respecto del modo de ejercicio de la sanción, debemos recordar la distinción hecha en el parágrafo 42 (*supra*, págs. 112 y 113), entre *autodefensa* y *heterodefensa*, esto es entre la sanción aplicada por la misma persona del ofendido y la sanción aplicada por persona diferente, *super partes*. Si consideramos, por ejemplo, la represalia como el ejercicio de una sanción, no hay duda que se trata de la respuesta que frente a la violación da el Estado que ha sufrido las consecuencias de un acto ilícito por parte de otro Estado, esto es, de un acto de autodefensa. Por lo tanto, podemos decir en general que todo ordenamiento internacional, a diferencia del estatal, está fundado en el principio de la autodefensa, y que, en consecuencia, lo que lo diferencia del ordenamiento estatal no es la ausencia o presencia de sanciones organizadas, sino la organización de las sanciones a través de la autodefensa o de la heterodefensa. Que la institución de la autodefensa es manifestación de una sociedad menos organizada que aquella en la que rige el principio de la heterodefensa, comporta una diferencia no de sustancia sino de grado entre el ordenamiento internacional y el estatal, diferencia, por lo demás, que nadie ha negado jamás.

46. Las normas en cadena y el proceso al infinito

Examinemos una cuarta objeción, es decir, la objeción que se denomina del proceso al infinito y que se encuentra formulada, por ejemplo, en Thon con estas palabras: "Cualquier atribución de derechos, incluso aquella que está provista de la más enérgica coacción con una pena y un resarcimiento para el caso de su violación, en el fondo reposa solamente sobre un conjunto de imperativos, de los cuales el posterior tiene siempre por condición la desobediencia del precedente, pero *el último, cuando es transgredido, permanece en todo caso sin consecuencias*. Todo el sistema jurídico consta, por lo tanto, de normas. Ahora bien, si no se quiere dar mayor importancia a la norma como tal, ello se puede hacer, pero entonces se atribuirá escaso valor a todo el derecho, comoquiera que es imposible que una norma, por sí misma impotente, adquiera fuerza *solo porque en el caso de su transgresión a ella se vincule una norma impotente*"[3].

Esta objeción se encuentra repetida sucesivamente en innumerables ocasiones. Formulémosla de modo más sintético con palabras nuestras: si es cierto que una norma es jurídica solo si está sancionada, inclusive la norma que establece la sanción será jurídica solo si está sancionada, y, siguiendo así, la norma que sanciona la primera norma sancionatoria para ser jurídica deberá remitirse a su vez a una nueva norma sancionatoria. Se llegará, por fuerza de las cosas, a un punto en el que habrá una norma sancionatoria que no estará sancionada. Podemos expresar con otras palabras el mismo concepto: la norma primaria presupone la secundaria, pero esta norma secundaria es, a su vez, norma primaria respecto de la propia norma sancionatoria que es secundaria respecto de esta y terciaria respecto de la primera; pero también la norma terciaria presupone una norma ulterior, etc. Se llegará a un punto en el que la norma es solamente secundaria y no también primaria, esto es, a un punto en el cual, desde el momento que no se puede proceder al infinito, habrá una norma que no tenga más allá de sí una sanción que la garantice, y permanece por consiguiente en el sistema como norma no sancionada. Esta objeción tiende a demostrar que, aun cuando el sistema de la sanción organizada se extienda, no puede comprender todas las normas, y, por tanto, la ausencia de sanción no es solamente la resultante de una comprobación del hecho, sino también de una razón implícita en el mismo sistema.

[3] Thon, *Norme giuridica e diritto soggettivo*, *ed. cit.*, pág. 15.

Esta objeción, aunque sugestiva, no aporta nuevos argumentos en favor de las tesis de los no-sancionistas. Se puede, en efecto, responder a esta objeción recurriendo a los contraargumentos expuestos en el parágrafo 43.

Por un lado, en efecto, se dice que en todo ordenamiento, aunque se admite la organización de las sanciones, aun en la forma más amplia, habría siempre normas que no están sancionadas. Pero aquí podemos responder, como lo dijimos en el parágrafo 44, que la existencia de normas individuales no sancionadas no implica el rechazo de la tesis sancionista, que se funda en la presencia del mecanismo de las sanciones, en el ordenamiento tomado en su conjunto.

Por otro lado, se afirma que las normas sancionadas emergen a medida que se va de las normas inferiores a las normas superiores. Pero también a este argumento respondimos en el mismo parágrafo estableciendo el hecho de que si la sanción implica la presencia de un aparato coercitivo, la presencia de este aparato implica en última instancia la de un poder de coacción que no puede ser a su vez constreñido y que, por lo tanto, la existencia de normas no sancionadas en el vértice del sistema es el efecto de la inversión de la relación fuerza-derecho que se verifica en el paso de las normas inferiores a las normas superiores.

Cuando más, se podría objetar todavía que no hay contradicción al sostener, por un lado, que la sanción sea elemento constitutivo del derecho y, por el otro, admitir la falta de sanción precisamente en las normas superiores del ordenamiento, que son las que deben garantizar la eficacia de todo el sistema. Si la objeción que estamos examinando en este parágrafo, presenta algún interés respecto de las anteriores, es precisamente porque nos indica más claramente esta contradicción. Consideramos que esta contradicción se puede resolver retomando cuanto se ha dicho, principalmente en el parágrafo 43. Por más que un ordenamiento tienda a reforzar la eficacia de las propias normas organizando la coacción, no se descarta que él cuente también con la adhesión espontánea.

Aquí añadimos que la eficacia directa, o sea, aquella que se deriva de la adhesión espontánea, no solamente no se excluye, sino que es de hecho indispensable. Las normas cuya aplicación está ciertamente confiada a la adhesión espontánea, son precisamente las normas superiores del sistema. Ahora, un sistema en el cual todas las normas superiores debieran estar garantizadas por la sanción no solo es jurídicamente imposible (en efecto, siempre es válida la pregunta: *"¿Quis custodiet custodes"?*), sino que es también imposible de hecho, porque significaría que este ordenamiento está fundado solamente en la fuerza.

El problema de las relaciones entre *fuerza* y *consenso* es tan complejo como el de las relaciones entre fuerza y derecho, que hemos ya tratado. Y no es el caso de hacer un análisis minucioso. Nos limitamos aquí a decir que fuerza y consenso son los dos fundamentos del poder. Podemos perfectamente proponer la hipótesis de un poder fundado solamente en la fuerza y de un poder fundado solamente en el consenso. En efecto, cuando los iusnaturalistas elaboraban la teoría contractualista del Estado, suponían un Estado fundado exclusivamente en el libre acuerdo de los asociados, y lo contraponían a los Estados despóticos en los que se presuponía que el derecho era la expresión de la voluntad del más fuerte. Bastará leer las primeras páginas del *Contrato social* de ROUSSEAU para convencerse de la persistencia de esta contraposición. Pero si prescindimos de esta contraposición puramente teórica, y miramos desprevenidamente la realidad histórica, nos daremos cuenta que fuerza y consenso se mezclan, y que no existe un Estado tan despótico que no haga referencia al consenso (por lo menos el déspota debe contar con la fidelidad de sus acólitos) ni un Estado tan fundamentado en el contrato que no necesite de la fuerza para frenar a los disidentes. En la historia, los Estados se distinguen entre sí por la mayor o menor medida de fuerza y de consenso.

Cuando se ha hablado, como se ha dicho hasta aquí, del aparato de coacción para mantener la eficacia de un ordenamiento normativo, se ponen siempre los ojos sobre los Estados históricos, en los cuales junto a la fuerza está siempre presente un mínimo de consenso. Ahora bien, la presencia de normas superiores no sancionadas no es más que el reflejo de esta situación histórica: las normas no sancionadas representan el mínimo de consenso sin el cual ningún Estado podría sobrevivir.

47. UNA ÚLTIMA OBJECIÓN Y CONCLUSIÓN

No deseamos cerrar este capítulo sin referirnos a una discusión reciente sobre el concepto de sanción, de la cual fue protagonista ALLORIO[4]. Este autor ha aportado un nuevo ataque al concepto de sanción, pero en una dirección completamente nueva. No se trata ya

[4] Véase el artículo *Osservazioni critiche sulla sanzione*, en "Riv. dir. civ.", 1956, págs. 1-37, que se refiere al ya citado *La pluralità degli ordinamenti giuridici e l'accertamento giudiziale*. El artículo de ALLORIO es una respuesta a tres autores, que ya habían tratado el problema: F. BENVENUTI, *Sul concetto di sanzione*, en "Jus", 1955, págs. 223 y ss.; C. MANDRIOLI, *Appunti sulla sanzione e sua attuazione giurisdizionale*, en "Jus", 1956, págs. 86 y ss.; F. CARNELUTTI, *Il valore de la sanzione nel diritto*, en "Riv. dir. proc.", 1955, I, págs. 237 y ss.

de la vieja cuestión acerca de si la sanción es o no una nota característica del derecho, sino de la validez misma del concepto de sanción desde el punto de vista jurídico. Diría que la objeción de ALLORIO es más radical. Él no se pregunta "¿es o no la sanción elemento constitutivo de un ordenamiento jurídico?", sino "¿es la sanción un concepto jurídico riguroso, de suerte que se pueda hablar de un concepto jurídicamente consistente de sanción?". Digo que esta pregunta es "radical" porque al hacerla él trata de cortar de raíz el viejo problema, que termina abandonado, porque si no es posible determinar jurídicamente el concepto de sanción, el problema mismo de la sanción como elemento constitutivo del derecho pierde todo sentido.

ALLORIO se lanza a este ataque contra el concepto de sanción partiendo de los argumentos tradicionales de los no-sancionistas. En primer lugar, el argumento relativo a la pluralidad de los ordenamientos jurídicos que amplió la visión de los juristas respecto de los ordenamientos diferentes del estatal (sobre cuyo modelo se elaboró la teoría de la sanción); en segundo lugar, el argumento sobre la existencia, aun en el ordenamiento estatal, de normas sin sanción. Pero el argumento decisivo, es decir, el que lo lleva a la solución radical, es otro, y se deriva de comprobar que en el concepto de "sanción" quedan comprendidos los comportamientos más diversos, tanto la irrogación de una pena de prisión como la condena a una reparación o a un resarcimiento de daños, comportamientos que no tienen en común sino el ser *obligatorios* para los órganos judiciales, y el derivarse todos de una norma que los cualifica como tales y les atribuye ciertas consecuencias. En cuanto comportamientos obligatorios, estos no se distinguen de cualquier otro comportamiento previsto por las normas jurídicas, las cuales deben hacer surgir las obligaciones. *Desde el punto de vista formal*, o sea desde el único punto de vista jurídicamente relevante, no hay diferencia alguna en que estas obligaciones sean de los asociados (en el caso de las denominadas normas primarias) o de los órganos judiciales (en el caso de las normas secundarias, que la doctrina común llama "sancionatorias"): se trata siempre de *obligaciones*, o sea de comportamientos cuya cualificación se deriva de estar previstos en normas imperativas.

Hablando jurídicamente, lo que se llama "sanción" no es otra cosa que el comportamiento que el juez *debe* tener en una determinada circunstancia y, por consiguiente, no se distingue de cualquier comportamiento calificado por una norma como obligatorio. Desde el punto de vista jurídico, ALLORIO habla de "inconsistencia" del concepto de sanción, y se expresa en estos términos: "Este concepto de sanción, lejos de poseer autonomía, se manifiesta... perfectamente reducible al contenido normal de la norma,

entendida como juicio sobre los comportamientos humanos". Y con otras palabras: "Decir que a cierto comportamiento humano, no favorecido por el derecho, se aplica una sanción, equivale a comprobar la existencia de una norma particular que, dirigiéndose al órgano... hace apreciar como debido, o por lo menos hace que deje de ser valorado como indebido, el comportamiento en que se concreta la sanción"[5].

No encontramos ninguna dificultad para acoger la crítica de ALLORIO. Podemos repetir con él que si por "punto de vista jurídico" se entiende el "punto de vista formal", o sea la consideración de los comportamientos humanos independientemente de su contenido y de sus fines, el concepto de sanción no es un concepto jurídicamente relevante. El concepto de sanción puede determinarse solamente haciendo referencia o al contenido o al fin de las normas, y tal vez a los destinatarios. En cuanto a la forma, esto es, a la relación norma cualificante-comportamiento cualificado, el comportamiento "sanción" no se distingue de cualquier otro comportamiento que esté contenido en una norma jurídica. Por otra parte, aceptada tal crítica, las consecuencias que de ella se pueden sacar son diversas: se puede deducir, como hace ALLORIO, la consecuencia de que el concepto de sanción se ha de suprimir de los conceptos útiles para elaborar una teoría general del derecho, pero también se puede deducir otra consecuencia que es a la que queremos llegar: el punto de vista formal es insuficiente para explicar y para caracterizar el fenómeno jurídico precisamente porque no logra dar cuenta de la sanción, y, por tanto, para dar una noción que permita distinguir el derecho de otros sistemas normativos, es necesario ir más allá de la perspectiva puramente formal.

Esto es precisamente lo que hicimos en este capítulo, en el que tratamos de demostrar que los diversos criterios que se han tenido en cuenta para distinguir las normas jurídicas de las morales y de las sociales, han hecho referencia a elementos extraformales, o sea a elementos que no están implícitos en la estructura normativa del sistema jurídico. Inclusive el criterio de la eficacia reforzada, o de la sanción organizada, en el cual nos hemos detenido especialmente (aunque no pretendemos considerarlo exclusivo) no es, lo reconocimos, y en esto estamos de acuerdo con ALLORIO, un criterio formal. Lo que no impide que sea un criterio útil, inclusive indispensable si se desea lograr el objetivo de dar una definición de ordenamiento jurídico. Por lo demás, la confirmación de que es necesario prescindir del punto de vista formal, cuando se desea caracterizar el fenómeno jurídico, nos la da de la misma teoría de ALLORIO, que por una rígida fidelidad al criterio formal, termina

[5] ALLORIO, *La pluralità degli ordinamenti giuridici*, ed. cit., pág. 262.

por no ofrecer ningún criterio útil para distinguir un sistema jurídico de otro sistema normativo, de modo que todo cuanto dice acerca de la norma, de los comportamientos regulados y de la relación entre norma y comportamientos, puede valer indistintamente para cualquier sistema normativo, y, por consiguiente, es válido para una problemática más general de la que se ha querido afrontar en este capítulo. Desde el momento en que se ha tratado de indicar, no las características de un sistema normativo en general, sino de distinguir un sistema normativo de otro, para encontrar esta diferencia se ha debido superar los límites puramente formales, entrar en otros campos de investigación; y si haciendo esto nos encontramos con un concepto "formalmente inconsistente" como el de sanción, ello dependerá de la naturaleza misma de la investigación.

CAPÍTULO VI

CLASIFICACIÓN DE LAS NORMAS JURÍDICAS

48. NORMAS GENERALES Y PARTICULARES

Son posibles muchas distinciones entre las normas jurídicas. Todos los tratados de filosofía del derecho y de teoría general del derecho han examinado cierto número de ellas. Sin embargo, aquí comenzaremos por hacer una primera distinción entre los mismos criterios de distinción. Hay distinciones que se refieren al contenido de las normas, como, por ejemplo, la distinción entre normas sustanciales y normas procesales, la distinción entre normas de comportamiento y normas de organización. Otras hacen referencia al modo como las normas se imponen, como la distinción entre normas consuetudinarias y normas legislativas. Otra, relacionada con los destinatarios, distingue entre normas primarias y normas secundarias. Otras se refieren a la naturaleza y estructura de la sociedad regulada, como, por ejemplo, la distinción entre normas de derecho estatal, canónico, internacional, de familia, etc.

Ninguna de estas distinciones nos interesan aquí. Por lo demás, dichas distinciones se suelen examinar, de cuando en cuando, en los textos de las disciplinas jurídicas particulares con ocasión del estudio de los problemas individuales que ellas implican. En este lugar, que es el de una teoría general del derecho, nos interesa un solo criterio, que por consiguiente es necesario examinar: el criterio formal. Llamo criterio formal, para distinguirlo de los diferentes criterios materiales, aquel que hace relación exclusivamente a la estructura lógica de la proposición prescriptiva. Para desarrollar este análisis nos apoyaremos en algunas distinciones fundamentales y tradicionales, referidas a las proposiciones descriptivas, y lo extenderemos a las proposiciones normativas.

Una distinción elemental que se encuentra en todos los tratados de lógica es la de *proposiciones universales* y *proposiciones particulares*. Se denominan *universales* aquellas proposiciones en las cuales el sujeto representa una clase compuesta de varios miembros, como, por ejemplo, "los hombres son mortales"; *particulares* aquellas en las que el sujeto representa un individuo singular, como, "Sócrates es mortal". Esta

distinción tiene particular importancia en la clasificación de las normas jurídicas. Podemos decir, en general, que una primera gran clasificación de las normas jurídicas —una clasificación, repito, puramente formal— es entre *normas universales* y *normas particulares*.

Para que sea útil, esta primera distinción necesita ser explicada posteriormente. Referida a las normas jurídicas, tiene en realidad una doble aplicación, sobre la cual debemos detenernos brevemente.

Toda proposición prescriptiva, y, por tanto también las normas jurídicas, está formada por dos elementos constitutivos y por consiguiente indefectibles: el *sujeto*, a quien se dirige la norma, o sea el *destinatario*, y el *objeto* de la prescripción, o sea la *acción prescrita*. Aun en la más simple de las prescripciones como, por ejemplo, "levántate", se distinguen un destinatario-sujeto y una acción-objeto. No se puede pensar en una prescripción que no vaya dirigida a alguien y que no regule un determinado comportamiento. Si consideramos cualquier norma jurídica, podemos comprobar la presencia de estos dos elementos, razón por la cual diremos que el primer paso para interpretar una norma jurídica será tomar en cuenta a quién se dirige y cuál comportamiento establece. Ahora bien, tanto el destinatario-sujeto como la acción-objeto pueden presentarse en una norma jurídica en forma universal y en forma individual. En otras palabras, tanto el destinatario como el objeto pueden figurar en una proposición con sujeto universal y con sujeto individual. De este modo se obtienen no dos sino cuatro tipos de proposiciones jurídicas, o sea, *prescripciones con destinatario universal, prescripciones con destinatario individual, prescripciones con acción universal* y *prescripciones con acción individual*.

Ejemplo de las primeras: "El mandatario está obligado a ejecutar el mandato con la diligencia del buen padre de familia" (art. 1710 del C. C. italiano). Ejemplo de las segundas: la sentencia del tribunal que, con base en el artículo 155 del C. C. italiano, ordena al cónyuge a favor de quien ha pronunciado la separación que custodie a los hijos y que provea a su mantenimiento, educación e instrucción. Ejemplo de las terceras: "El marido tiene el deber de proteger a la mujer, de tenerla consigo y de suministrarle todo lo indispensable a las necesidades de la vida con arreglo a sus posibilidades" (artículo 145 del C. C. italiano). Ejemplo de las cuartas: Con base en el ar[illegible] C. de P. C. italiano el juez instructor ordena, a petición de una de las partes, a la otra parte que aporte en juicio un documento que considera necesario aportar al proceso.

La diferencia entre el primer ejemplo y el segundo está en que el mandato, al cual se dirige la norma del Código Civil, no es una persona determinada, un individuo concreto, sino una clase de personas, y, por lo tanto, la norma se dirige simultáneamente a todos aquellos que forman parte de esta clase; el destinatario, a quien se dirige el juez del tribunal para ordenarle custodiar a sus hijos, es un individuo concreto, singular, y la norma respectiva se dirige a este y no a otro. En cuanto a la diferencia entre el tercer ejemplo y el cuarto, se puede decir lo siguiente: la acción prevista y regulada por el artículo 145 del C. C. italiano es una acción-tipo, que no se agota en una sola ejecución, *una tantum*, sino que se repite en el tiempo y vale para todos aquellos comportamientos que pueden encuadrarse en la acción-tipo; la acción prevista en el artículo 210 del C. de P. C. italiano, es una acción individual, o sea, la exhibición de ese documento particular, que una vez cumplida, hace perder eficacia a la norma.

49. Carácter general y carácter abstracto

Con esta última aclaración, la distinción entre normas universales y normas particulares nos lleva a la vieja doctrina, que se encuentra en todos los manuales, relativa al *carácter general* y al *carácter abstracto* de las normas jurídicas y nos ayuda a ver los límites y los defectos de la doctrina. En efecto, la doctrina de la generalidad y abstracción de las normas jurídicas por un lado es imprecisa, porque no aclara correctamente si los dos términos *general* y *abstracto* se usan como sinónimos ("las normas jurídicas son generales o abstractas"), o bien, con dos significados diferentes ("las normas jurídicas son generales y abstractas"). Por otro lado, es insuficiente o por lo menos no adecuada, porque al poner en evidencia los requisitos del carácter general y del carácter abstracto deja creer que no hay normas jurídicas individuales y concretas. La clasificación del parágrafo precedente, nos permite hacer una distinción más precisa y más completa de las normas jurídicas. En vez de usar promiscuamente los términos *general* y *abstracto*, creemos oportuno calificar de *generales* las normas que son universales respecto del destinatario, y *abstractas* aquellas que son universales respecto de la acción. Por esto aconsejamos hablar de *normas generales* cuando nos encontramos frente a normas que se dirigen a una clase de personas; y de *normas abstractas* cuando nos encontramos frente a normas que regulan una acción-tipo (o una clase de acciones). A las normas generales se contraponen las normas que tienen por destinatario un individuo particular, y que sugerimos denominar *normas particulares*; a las normas abstractas se

contraponen las normas que regulan una acción particular y que sugerimos llamar *normas concretas*.

En rigor, el término *norma concreta* no es muy apropiado, comoquiera que la palabra *norma* hace pensar en una reglamentación continuada de una acción y es, por consiguiente, más adecuado para designar solamente las normas abstractas. Las normas concretas se podrían llamar más apropiadamente *órdenes*. Hemos visto ya la reticencia de algunos a considerar como mandatos las normas jurídicas, por el hecho de que el término *mandato* parece referirse solamente a prescripciones con destinatarios bien determinados, de donde se podría encontrar la inspiración para denominar *mandatos* a las normas particulares. De tal modo se podría proponer una clasificación fundada en las siguientes dos dicotomías: *normas generales* y *mandatos, normas abstractas* y *órdenes*.

No queremos, por otra parte, atribuir demasiada importancia a las cuestiones de terminología. La cuestión más importante a este propósito es que esta cuádruple partición nos ayuda a superar la doctrina tradicional según la cual son características de las normas jurídicas la generalidad y la abstracción. Si observamos realmente un ordenamiento jurídico, lo menos que podemos hacer es notar que este contiene, junto a las normas generales y abstractas, mandatos y órdenes. Con esto no se quiere decir que las prescripciones de un ordenamiento jurídico sean de igual importancia. Una clasificación no es una graduación. Se quiere solamente precisar, para corregir una doctrina en boga (hoy ya desueta) según la cual junto a las prescripciones generales y abstractas, se encuentran las individuales y concretas, y por tanto no se pueden elevar los requisitos de generalidad o de abstracción, o ambas a la vez, a la condición de *requisitos esenciales* de la norma jurídica.

Creemos que considerar la generalidad y la abstracción como requisitos esenciales de la norma jurídica tiene un origen *ideológico* y no *lógico* y por esto creemos que detrás de esta teoría hay un juicio de valor de este tipo: "Está bien (es deseable) que las normas jurídicas sean generales y abstractas". En otras palabras, pensamos que generalidad y abstracción son requisitos, no ya de la norma jurídica como es, sino como debería ser, para corresponder al ideal de justicia, para la cual todos los hombres son iguales y todas las acciones son ciertas; estos son requisitos, *no tanto de la norma jurídica* (o sea, de la norma válida en determinado sistema), *sino de la norma justa*.

En concreto, ¿cuáles son los *valores* en los que se inspira la teoría del carácter general y del carácter abstracto? Respecto de una prescripción individual, una prescripción general es el mejor medio para realizar

uno de los fines fundamentales al que todo ordenamiento jurídico debería tender: el fin de la *igualdad*. No se ha dicho que toda norma particular constituya un privilegio. Pero es cierto que los privilegios se establecen mediante normas particulares. La principal garantía de la máxima, que por sí misma es fundamento de nuestro ordenamiento jurídico, "la ley es igual para todos", es indudablemente la generalidad de la norma, esto es, el hecho de que las normas se dirijan, no a este o aquel ciudadano, sino a la totalidad de los ciudadanos o bien a un tipo abstracto de agentes de la vida social.

En cuanto a las prescripciones abstractas, estas se consideran como capaces por sí solas de llevar a cabo el otro fin al cual tiende todo ordenamiento civil: el fin de la certeza. Por "certeza" se entiende la determinación, de manera definitiva, de los efectos que el ordenamiento jurídico atribuye a un comportamiento dado, de modo que el ciudadano esté en posibilidad de saber con anticipación las consecuencias de sus propias acciones. Ahora bien, esta exigencia se satisface al máximo cuando el legislador no abandona la reglamentación de los comportamientos al juez para que juzgue, en cada caso, sino que establece con una norma la reglamentación de una acción tipo, de modo que incluso contenga todas las acciones concretas de ese tipo. Así como la generalidad de la norma es garantía de igualdad, el carácter abstracto es garantía de certeza. Si se reflexiona en torno a lo que la ideología de la igualdad frente a las leyes y la ideología de la certeza han inspirado hoy en día a la concepción del Estado de derecho, no será muy difícil darse cuenta del estrechísimo nexo existente entre teoría e ideología, y comprender entonces el valor ideológico de la teoría de la generalidad y de la abstracción, que tiende, no ya a describir el ordenamiento jurídico real, sino a prescribir reglas para obtener el punto óptimo del ordenamiento jurídico, que sería aquel en el cual todas las normas fuesen a un mismo tiempo generales y abstractas. Un ordenamiento completamente compuesto de normas generales y abstractas es un ideal y ello se puede demostrar por el hecho de que un sistema tal, difícilmente podría subsistir. Si admitimos, como lo hemos hecho hasta ahora, que dado un sistema de normas, es necesario prever su violación, debemos también admitir, al lado de las normas generales y abstractas, normas particulares y concretas, aunque solo fuera para hacer posible la aplicación, en determinadas circunstancias, de las normas generales y abstractas. No hay duda, por ejemplo, que la sentencia con la cual el juez condena a un individuo particular a determinado comportamiento (por ejemplo, al resarcimiento de daños) es una norma al mismo tiempo particular y concreta.

En realidad, combinándose los cuatro requisitos de la generalidad, de la abstracción, de la particularidad y de la concreción, las normas jurídicas pueden ser de cuatro tipos:*normas generales y abstractas* (de este tipo son la mayor parte de las leyes, por ejemplo, las leyes penales); *normas generales y concretas* (una ley que declara la movilización general se dirige a una clase de ciudadanos y al mismo tiempo prescribe una acción particular que, una vez cumplida, extingue la eficacia de la norma); *normas particulares y abstractas* (una ley que atribuya a determinada persona una función, por ejemplo la de juez de la corte constitucional, se dirige a un solo individuo y le prescribe no una acción particular, sino todas aquellas acciones que son inherentes al ejercicio del cargo); normas particulares y concretas (el ejemplo más característico es el de la sentencia del juez).

50. Normas afirmativas y negativas

Otra distinción tradicional de la lógica clásica, que puede ser aplicada a las proposiciones prescriptivas, es la distinción entre proposiciones afirmativas y negativas.

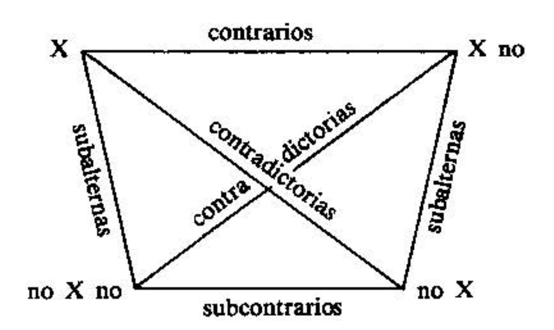
Partiendo de una proposición cualquiera se obtendrán otras según se use el signo *no*. Hasta ahora hemos hablado de proposiciones afirmativas. Si ahora partimos de la proposición afirmativa universal ("todos los hombres son mortales"), obtenemos otras dos proposiciones según que neguemos universalmente ("todos los hombres no son mortales", o "ningún hombre es mortal"), o que nos limitemos a negar la universalidad ("no todos los hombres son mortales", o sea, "algunos hombres no son mortales"). Si, en fin, combinamos las negaciones, o sea negamos el conjunto universalmente y negamos la universalidad, obtendremos una cuarta proposición ("no todos los hombres no son mortales", o sea, "algunos hombres son mortales")[1].

Para indicar estas cuatro proposiciones con términos fáciles de recordar, usamos los términos latinos *omnis, nullus, non omnis, nonnullus*.

En cuanto a las relaciones que se presentan entre las cuatro proposiciones, nos limitamos a decir que la segunda (*nullus*) es la contraria de la primera (*omnis*); la tercera (*non omnis*) es la contradictoria de la primera; la cuarta (*nonnullus*) es la contradictoria de la segunda. En otras palabras: toda proposición tiene su contraria (que es una oposición más débil) y su contradictoria (que es una oposición más fuerte);

[1] En este parágrafo me valgo fundamentalmente del ensayo de R. Blanche, *Opposition et négation*, en "Revue philosophique", 1957, págs. 187-217.

la cuarta proposición es la contradictoria de la primera contraria. Designando con *X* la primera, con *X no* la segunda, con *no X* la tercera y con *no X no* la cuarta, las relaciones recíprocas entre las cuatro proposiciones se obtienen de la siguiente figura:



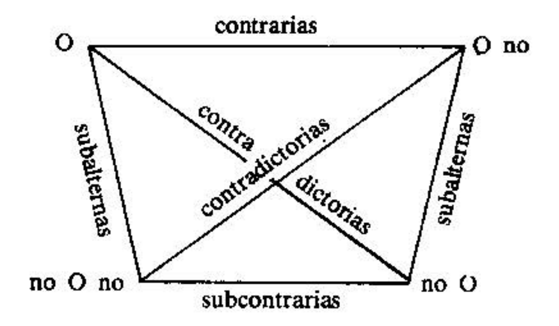
Decimos que dos proposiciones son *contrarias* cuando no pueden ser ambas verdaderas, pero pueden ser ambas falsas; son *contradictorias* cuando no pueden ser ambas verdaderas ni ambas falsas; son *subcontrarias* cuando pueden ser ambas verdaderas, pero no pueden ser ambas falsas; en fin, son subalternas cuando de la verdad de la primera se puede deducir la verdad de la segunda, pero de la verdad de la segunda no se puede deducir la verdad de la primera (y, viceversa, de la veracidad de la primera no se puede deducir la veracidad de la segunda, pero de la falsedad de la segunda, se puede deducir la falsedad de la primera). Entre dos contrarios se dice que existe una relación de *incompatibilidad*; entre dos contradictorias, de *alternativa*; entre dos subcontrarios de *disyunción*; entre la subalternante y la subalternada, de *implicación*.

Para aplicar cuanto se ha dicho a las proposiciones prescriptivas, partimos de una prescripción afirmativa universal ("Todos deben hacer X"). Con un uso diferente del signo *no* obtendremos otros tres tipos de prescripciones: la segunda, negando universalmente, con lo que obtenemos una prescripción del tipo: "Ninguno debe hacer X"; la tercera negando la universalidad, con lo que obtenemos una prescripción del tipo: "No todos deben hacer X"; la cuarta usando ambas negaciones, de donde obtenemos: "No todos deben no hacer X". El segundo tipo de prescripción manifiestamente no es otra que la prescripción negativa, o, como lo hemos llamado, de otra manera, el imperativo negativo, o sea, la *prohibición*. La tercera proposición en cuanto exceptúa a algunos del deber de

hacer, permite a estos la posibilidad de no hacer, y corresponde por esto a la norma que hemos llamado (*supra*, parágrafo 32) *permisiva negativa*. La cuarta, en fin, es aquella que, en cuanto exime a algunos del deber de no hacer, permite hacer, y es la que llamamos *permisiva positiva*. Simbolizando la primera proposición con O (obligatorio), las otras tres pueden ser simbolizadas en su orden de este modo: O no (obligatorio no hacer, o sea prohibido); no O (no obligatorio hacer, o sea permiso negativo); no O no (no obligatorio no hacer, o sea, permiso positivo).

Es claro que en lugar de partir de la prescripción afirmativa, podemos partir de cualquier otra proposición, y con los diferentes usos de la negación obtener las otras tres. Tratemos de partir de la norma permisiva positiva que simbolizamos con P: obtenemos primero *P no* (permiso de no hacer, o sea, permiso negativo); luego no P (no permiso de hacer, o sea, prohibición); y, por último no P no (no permiso de no hacer, o sea obligación). Entre obligación y permiso la diferencia es de dos negaciones; de donde la tabla de equivalencia es la siguiente: O = no P no (se debe hacer equivale a no se puede no hacer); O no = no P (se debe no hacer equivale a no se puede hacer); no O = *P no* (*no* es obligatorio hacer equivale a es permitido *no* hacer); no O no = P (no es obligatorio no hacer equivale a es permitido hacer).

Las relaciones que se dan entre estos cuatro tipos de normas corresponden a las relaciones ilustradas en la figura anterior. Para una aclaración posterior reproducimos aquí el cuadro con los símbolos de las proposiciones prescriptivas.



De este cuadro resulta que las prescripciones afirmativas y las negativas, o sea, los mandatos y las prohibiciones, son contrarias; las permisivas afirmativas y las negativas son subcontrarias; mandatos y permisos negativos, prohibiciones y permisos positivos son entre sí contradictorias (como se explicó en el parágrafo 32).

51. Normas categóricas e hipotéticas

Es preciso hacer mención de una tercera distinción puramente formal, o sea, fundada exclusivamene en la forma del discurso: la distinción entre *normas categóricas* y *normas hipotéticas*. De esta distinción ya habíamos tenido ocasión de ocuparnos (*supra*, parágrafos 23 y 30), y por consiguiente aquí la trataremos más brevemente. Se la formula teniendo por modelo la tradicional distinción de los juicios en *apodícticos* ("Sócrates es mortal") e *hipotéticos* ("Si Sócrates es un hombre, entonces Sócrates es mortal"). "Norma categórica" es aquella que establece que una determinada acción debe ser cumplida; "norma hipotética" es aquella que establece que cierta acción debe ser ejecutada si se verifica una determinada condición.

En rigor, todas las normas reforzadas por sanciones pueden ser formuladas con proposiciones hipotéticas, en el sentido de que se puede considerar la aceptación o el rechazo de las consecuencias imputadas por la norma sancionatoria como una condición para la actuación de la obligación impuesta por la norma primaria, según la fórmula: "Si no quieres someterte a la pena Y, debes cumplir la acción X". Dado que no se excluye que haya normas no sancionadas, es necesario admitir la existencia de normas jurídicas categóricas, o sea de normas formulables en forma apodíctica, sin condiciones. Es claro que las normas jurídicas a las cuales se hace referencia en el artículo 154 del C. de P. P. italiano ya citado, según el cual algunos funcionarios están obligados a observar las normas del código aun cuando su inobservancia no implique sanción alguna, son normas categóricas, o sea, normas cuya obediencia no está sometida a ninguna condición, por lo menos con referencia al sujeto a que se dirige.

En cuanto a las normas jurídicas hipotéticas, hemos visto ya que pueden ser de dos tipos, según que la sanción consista en no alcanzar el fin deseado o bien en alcanzar un fin diverso al deseado (*supra*, págs. 77 y 78). Las normas del primer tipo, cuya formulación es: "Si deseas Y, debes X" se pueden denominar *normas instrumentales* por el hecho de que la acción prescrita por estas se toma como un medio para alcanzar un fin. Las normas del segundo tipo, cuya formulación es: "Si no quieres Y, debes X", se pueden denominar *normas finalistas* porque prescriben acciones que tienen valor de fin.

Si ahora combinamos esta distinción entre normas instrumentales y finalistas con la examinada en el parágrafo precedente, entre normas afirmativas y positivas, obtendremos cuatro tipos de normas hipotéticas: 1) "Si quieres Y, debes X"; 2) "Si quieres Y, no debes X"; 3) "Si no quieres Y, debes X"; 4) "Si no quieres Y, no debes X".

Anotemos, a modo de conclusión, para despejar el terreno de un posible error, que aquí se ha hablado de normas como proposiciones hipotéticas, en el sentido de que esta calificación sirve para distinguirlas de las normas categóricas. No se ha hablado, por el contrario, en otro

sentido, en el que frecuentemente se habla de normas jurídicas como de proposiciones hipotéticas, o sea de proposiciones prescriptivas que establecen una obligación condicionada a la verificación o no verificación de un resultado, según la fórmula: "Si es Y, debe ser X". Ejemplo: "Si la dote consiste en bienes cuya propiedad ha conservado la mujer, el marido o sus herederos están obligados a restituirla sin dilación, disuelto el matrimonio" (art. 193 del C. C. italiano). Cuando los juristas hablan de normas jurídicas como normas hipotéticas, hablan básicamente en este segundo sentido. Si, en esta acepción, se desea introducir una distinción, no se tratará ya de la distinción entre normas categóricas y normas técnicas, sino más bien de la distinción entre *obligaciones simples* y *obligaciones condicionadas*. No me detengo en este segundo sentido de la norma como juicio hipotético, porque ello nos llevaría a dar a nuestro análisis un desarrollo que está fuera del propósito de este capítulo.

PARTE SEGUNDA

TEORÍA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

CAPÍTULO I

DE LA NORMA JURÍDICA AL ORDENAMIENTO JURÍDICO

52. ACTUALIDAD DEL PROBLEMA DEL ORDENAMIENTO

La teoría de la norma jurídica y la teoría del ordenamiento jurídico forman una completa *teoría del derecho*, principalmente desde el punto de vista formal. Bajo el primer título se estudia la norma jurídica, considerada de manera aislada; la materia del segundo título es el conjunto, complejo o sistema de normas, que constituyen un *ordenamiento jurídico*.

La necesidad de la investigación en este campo surge de la comprobación de que en la realidad las normas jurídicas no existen nunca solas, sino siempre en un contexto de normas, que tienen entre sí relaciones particulares (estas relaciones serán en gran parte el objeto de nuestro estudio. Este contexto de normas se suele denominar "ordenamiento". Y es bueno observar desde el principio que la palabra "derecho" tiene, entre sus muchos significados, también el de "ordenamiento jurídico", por ejemplo, en la expresión "derecho romano", "derecho italiano", "derecho canónico", etc.

Aunque sea evidente la comprobación de que las normas jurídicas constituyen siempre una totalidad, y que la palabra *derecho* se usa indistintamente tanto para indicar la norma jurídica individual como para referirse a un determinado conjunto de normas jurídicas, con todo eso el estudio profundizado del ordenamiento jurídico es relativamente reciente, bastante más que el de las normas individuales, que es un poco más antiguo. Mientras existen muchos estudios particulares sobre la naturaleza de la norma jurídica, no existe, hasta hoy, si no estamos errados, ningún estudio completo y orgánico sobre todos los problemas que implica la existencia de un ordenamiento jurídico. En otros términos, se puede decir que los problemas generales del derecho han sido estudiados tradicionalmente desde el punto de vista de la norma jurídica, considerada como un todo autónomo, en lugar de analizarlos desde el punto de vista que considera la norma jurídica como la parte

de un todo más vasto que la comprende. Al decir esto quiero también llamar la atención sobre la dificultad de sistematizar una materia que no está precedida de una sólida tradición, y, por consiguiente, sobre el carácter experimental de este estudio.

Un rápido vistazo a la historia del pensamiento jurídico en los últimos siglos confirma nuestra aseveración: desde el famoso tratado *De legibus ac Deo legislatore* de FRANCISCO SUÁREZ (1612) hasta los tratados más recientes de THON y de BINDING, de los cuales hablamos en la primera parte, resulta claro, con solo ver los títulos, que el objeto principal del estudio, el verdadero y primer *elemento primordial* de la realidad jurídica, es la norma considerada en sí misma.

Con esto no se quiere decir que faltara en esas obras el estudio de algunos problemas característicos de una teoría del ordenamiento jurídico, pero estos problemas se mezclaban con otros, y no se les consideraba merecedores por sí mismos de un estudio separado y particular.

Repetimos: la norma jurídica era la única perspectiva a través de la cual se estudiaba el derecho, dado que el ordenamiento jurídico era, cuando más, un conjunto de muchas normas, mas no un objeto autónomo de estudio, con problemas particulares y diversos. Para expresarlo con una metáfora se consideraba el árbol, pero no el bosque.

Creo que los primeros en llamar la atención sobre la realidad del ordenamiento jurídico fueron los teóricos de la institución, a los cuales hicimos ya referencia en la primera parte (*supra*, págs. 7 a 12). No por casualidad que el libro, merecidamente famoso, de SANTI ROMANO fue titulado *L'ordinamento giuridico* (1917). Hemos reprochado a la teoría de la institución el haberse presentado como una teoría polémica contra la teoría normativa, es decir, como una teoría destinada a suplantarla, mientras que, según lo hemos anotado, la teoría de la institución se integra a la teoría normativa y, por consiguiente, es su continuación. Consideramos oportuno reproducir aquí las palabras con las cuales concluimos en la primera parte el examen de la institución.

"Para nosotros, la teoría de la institución ha tenido el gran mérito... de darle importancia al hecho de que solo se puede hablar de derecho cuando hay un sistema de normas que forman un ordenamiento, y que, por lo tanto, el derecho no es norma sino conjunto coordinado de normas. En suma, que una norma jurídica no se encuentra nunca sola, sino ligada a otras, formando un sistema normativo" (*supra*, pág. 13).

Separar los problemas del ordenamiento jurídico de los relativos a la norma jurídica, y estudiar autónomamente los primeros, como

parte de una teoría general del derecho, ha sido obra principalmente de HANS KELSEN. Entre los méritos de KELSEN, por los cuales es justo considerarlo como uno de los juristas más brillantes, está precisamente el de haber tenido plena conciencia de la importancia de los problemas conexos a la existencia del ordenamiento jurídico y de haberles dedicado particular atención. Tómese su obra más completa y decisiva, la *Teoria generale del diritto e dello Stato* (traducción italiana, edizioni di Comunità, Milano, 1952)* y se verá que el estudio de la teoría del derecho (aquí prescindimos de la teoría del Estado) está dividida en dos partes, denominadas respectivamente *Nomoestática* y *Nomodinámica*: la primera considera los problemas relativos a la norma jurídica; la segunda los relativos al ordenamiento jurídico. Para nosotros la expresión "nomodinámica" no es muy afortunada, pero, dejando de lado la cuestión semántica, lo que interesa es que quizá por primera vez en el sistema de KELSEN la teoría del ordenamiento jurídico constituye una de las dos partes de una teoría completa del derecho. No necesito agregar que lo aquí tratado se relaciona directamente con la problemática de KELSEN, de la cual constituye, ora un comentario, ora un desarrollo.

53. ORDENAMIENTO JURÍDICO Y DEFINICIONES DEL DERECHO

Hemos dicho que la teoría del ordenamiento jurídico constituye una integración de la teoría de la norma jurídica. Aquí debemos precisar de inmediato que a esta integración hemos sido conducidos necesariamente por los resultados logrados en la primera parte en la investigación de una definición del derecho. Para resumir brevemente dichos resultados, digamos que no ha sido posible definir el derecho colocándonos en el punto de vista de la norma jurídica, considerada aisladamente; hemos tenido que ampliar nuestro horizonte hasta abarcar la consideración del modo con el cual una determinada norma es eficaz por una compleja organización que determina la naturaleza y entidad de las sanciones, las personas que deben aplicarlas y su ejecución. Esta compleja organización es el producto de un ordenamiento jurídico, lo que significa entonces que una definición satisfactoria del derecho es solo posible desde el punto de vista del ordenamiento jurídico.

Detengámonos por un momento en las diversas tentativas que se han hecho para definir el derecho por medio de este o de aquel elemento

* N. T. Hay traducción castellana a cargo del profesor EDUARDO GARCÍA MÁYNES, *Teoría general del derecho y del Estado*, México, Universidad Autónoma de México, 1979.

de la norma jurídica. Todas estas tentativas han dado lugar a serias dificultades. Los criterios que de cuando en cuando se han adoptado para encontrar una definición del derecho tomando como base la norma jurídica, o han sido de tal clase que de ellos no se ha podido extraer ningún elemento característico de la norma jurídica respecto de otras categorías de normas, como las morales o las sociales, y que por tanto conducían a un callejón sin salida, o remitiéndonos al fenómeno más complejo de la organización de un sistema de reglas de conducta, que es en lo que consiste precisamente el ordenamiento jurídico, que por tanto conducían a un camino abierto, camino que llevaba al reconocimiento de la importancia del ordenamiento para la comprensión del fenómeno jurídico.

En el conjunto de las tentativas propuestas para caracterizar el derecho a través de alguno de los elementos de la norma jurídica, consideramos principalmente cuatro criterios: 1) criterio formal; 2) criterio material; 3) criterio del sujeto que crea la norma; 4) criterio del sujeto al cual se destina la norma.

1) Por criterio formal entendemos aquel criterio con el cual se cree poder definir lo que es derecho mediante algún elemento estructural de las normas que se suelen denominar jurídicas. Hemos visto que, respecto de la estructura, las normas pueden catalogarse como:

a) Positivas o negativas;

b) Categóricas o hipotéticas, y

c) Generales (abstractas) o individuales (concretas).

Ahora bien, la primera y la tercera categorías no ofrecen ningún elemento que caracterice el derecho, porque en cualquier sistema normativo encontramos tanto normas positivas como negativas, y tanto normas generales (abstractas) como individuales (concretas). En cuanto a la segunda categoría, admitamos también que en un sistema normativo hay normas hipotéticas, y que pueden presentar estas dos formas:

a) *Si deseas A, debes B*, según la teoría de la norma técnica (RAVÀ) o de las reglas finalistas (BRUNETTI);

b) *Si es A, debe ser B*, donde, según algunos, A es el hecho jurídico y B la consecuencia jurídica (teoría del derecho como valoración o juicio de cualificación), y, según otros, A es el ilícito y B la sanción (teoría de la norma como juicio hipotético de KELSEN).

En ninguna de estas dos formulaciones, la norma jurídica asume una forma caracterizante: la primera formulación es propia de cualquier norma técnica ("si quieres comprar sellos de correo, debes ir al estanco"); la segunda formulación es característica de cualquier norma condicionada ("si llueve, debes llevar el paraguas").

2) Por criterio material entendemos aquel que se pretende deducir del contenido de las normas jurídicas, esto es, de las acciones reguladas. Este criterio es manifiestamente inconcluyente. Objeto de reglamentación por parte de la norma jurídica son todas las acciones posibles del hombre, entendiendo por "acciones posibles" aquellas que no son ni necesarias ni imposibles. Sobra decir que, una norma que ordenase una acción necesaria o prohibiese una acción imposible sería *inútil*; por otra parte, una norma que prohibiese una acción necesaria u ordenase una acción imposible sería *inejecutable*. Pero una vez excluidas las acciones necesarias, como las que cumple el hombre por necesidad natural, y que son independientes de su voluntad, y, las acciones imposibles, o sea aquellas acciones que el hombre no está en posibilidad de cumplir, no obstante todo esfuerzo de su voluntad, el campo de las acciones posibles es vastísimo, y es común tanto a las reglas jurídicas como a todas las otras reglas de conducta. Se han hecho, en verdad, tentativas por separar en el vasto campo de las acciones posibles un área de acciones reservadas al derecho. Las dos tentativas principales se refieren ora una a una, ora a otra, de estas dos distinciones:

a) Acciones internas y acciones externas;

b) Acciones subjetivas y acciones intersubjetivas.

Dejando aparte el hecho de que la categoría de las acciones externas y la categoría de las acciones intersubjetivas son extremadamente genéricas, es bastante claro que ambas distinciones pueden servir para diferenciar el derecho de la moral, mas no de las normas consuetudinarias que se refieren siempre a las acciones externas y, a menudo, a las acciones intersubjetivas.

3) Cuando hablamos del criterio del sujeto que crea la norma hacemos referencia a la teoría que considera jurídicas aquellas normas impuestas por el poder soberano, entendiéndose por "poder soberano" el poder sobre el cual no hay, en un determinado grupo social, ningún poder superior, y que, como tal, conserva el monopolio de la fuerza. Frente a esta teoría no podemos ya decir, como con respecto a las dos precedentes, que es inconcluyente. En la primera parte de este libro llegamos a la conclusión de que el derecho es el conjunto de normas que se hacen valer por medio de la fuerza, es decir, que es un ordenamiento normativo con eficacia reforzada. Ahora bien, quien puede ejercer la fuerza para hacer eficaz la norma, es precisamente el poder soberano que tiene el monopolio del ejercicio de la fuerza. Por consiguiente, la teoría del derecho como regla coactiva y la teoría del derecho como emanación del poder soberano llegan a la misma conclusión.

Lo que esta teoría de la soberanía nos lleva a establecer es más bien que, una vez se ha definido el derecho a través del poder soberano,

se ha dado el paso de la norma particular al ordenamiento en su conjunto. Con la expresión demasiado génerica "poder soberano" se hace referencia al conjunto de órganos por medio de los cuales se crea un ordenamiento normativo, se conserva y se aplica, y el ordenamiento mismo establece cuáles son estos órganos. Si es verdad que un ordenamiento jurídico se define mediante la soberanía, y si también es cierto que la soberanía en una determinada sociedad se define por medio del ordenamiento jurídico. Poder soberano y ordenamiento jurídico son dos conceptos mutuamente relacionados, y por tanto, cuando el derecho se define con el concepto de soberanía, lo que está en primer lugar no es la norma individual sino el ordenamiento; decir que norma jurídica es la norma dictada por el poder soberano, equivale a decir que norma jurídica es aquella que hace parte de un ordenamiento determinado. La soberanía caracteriza no una norma sino un ordenamiento, es decir, caracteriza la norma solo en cuanto es considerada como parte del ordenamiento.

4) El criterio del sujeto al cual la norma está destinada puede presentar dos variantes, según se considere como destinatario al súbdito o al juez (como se vio en el parágrafo 31, *supra*, págs. 78 a 82, *Los destinatarios de la norma jurídica*). Veámoslo separadamente.

La afirmación pura y simple de que norma jurídica es la norma dirigida a los súbditos, es inconcluyente por su carácter génerico. De ordinario se especifica con la determinación del comportamiento con el cual los súbditos la reciben, y se dice que es jurídica la norma que se respeta por convicción o creencia de su obligatoriedad (*opinio iuris ac necessitatis*) como ya se indicó en la primera parte (*supra*, págs. 103-104). Esta *opinio iuris ac necessitatis* es un ente más bien misterioso. ¿Qué significa? La única forma de darle un significado es esta: cumplir una norma con la convicción de su obligatoriedad es como cumplirla con la convicción de que si se la violase, se tropezaría con la intervención del poder judicial y, muy probablemente, con la aplicación de una sanción. El sentimiento de la obligatoriedad es, en última instancia, el sentimiento de que aquella norma particular hace parte de un organismo más complejo y que de la pertenencia a ese organismo se desprende su carácter específico. También en este caso, por lo tanto, la noción a la que se recurre para definir la juridicidad de una norma, encuentra su explicación natural cuando a través de la norma se trata de ver el ordenamiento que la comprende.

La segunda variante del criterio del destinatario es aquella según la cual las normas jurídicas son normas destinadas al juez. Es claro que

una definición de este género significa cualquier cosa si no se define la noción de juez. ¿Qué es el juez? ¿Qué se entiende por juez? Pero una definición de juez no se puede dar sin ampliar la visión a todo el ordenamiento. Se dirá que el juez es aquel a quien una norma del ordenamiento atribuye el poder y el deber de determinar si hay razón o culpa, y establecer, si es posible, la ejecución de una sanción. Pero de este modo una vez más hemos sido remitidos por la norma particular al sistema normativo y nos damos cuenta, otra vez, que no bien tratamos de hacer concluyente una definición del derecho referida a la norma, nos vemos constreñidos a abandonar la norma y a entregarnos al ordenamiento.

54. Nuestra definición de derecho

Ahora volvamos a la definición de derecho que hemos dado en la primera parte. Hemos determinado la norma jurídica por medio de la sanción, y la sanción jurídica por medio de los caracteres de la *exterioridad* y de la *institucionalización* (*supra*, págs. 110 y ss.), y hemos definido la norma jurídica como aquella "cuya ejecución está garantizada por una sanción externa e institucionalizada" (*supra*, pág. 111).

Esta definición es una confirmación de todo cuanto hemos subrayado en los dos primeros parágrafos, esto es, lo relativo a la necesidad en la que se encuentra el teórico general del derecho, en un cierto punto de la investigación, de dejar la norma individual por el ordenamiento.

Si sanción jurídica es solo aquella que se encuentra institucionalizada, es muestra de que, para que sea derecho, se necesita una organización, por grande o pequeña que sea, un completo sistema de normas. Definir el derecho mediante la noción de sanción organizada significa buscar el carácter distintivo del derecho, no en un elemento de la norma, sino en un conjunto orgánico de normas. En otros términos, se podría decir que nuestra investigación sobre la *teoría de la norma jurídica* es una confirmación del camino obligado que el teórico general del derecho cumple de la parte al todo, dado que, partiendo de la norma, se llega, si se desea entender el fenómeno del derecho, al ordenamiento.

Para mayor claridad podemos también expresarnos de este modo: *lo que nosotros denominamos generalmente derecho es una característica de ciertos ordenamientos normativos más que de ciertas normas*. Si aceptamos esta tesis, el problema de la definición del derecho se convierte en un problema de definición de un ordenamiento normativo y, consiguientemente, la distinción entre este tipo de ordenamiento normativo y otro, deja de ser un problema de definición de un tipo de normas. En este caso, para definir la norma jurídica bastará decir que

norma jurídica es aquella que pertenece a un ordenamiento jurídico y de esta forma el problema de determinar qué significa "jurídico" se desplaza de la norma al ordenamiento. Con esta remisión se demuestra que la dificultad para encontrar una respuesta a la pregunta, ¿qué se entiende por norma jurídica?, se resuelve desplazando el plano de la investigación, esto es, haciendo esta otra pregunta: ¿qué se entiende por ordenamiento jurídico? Si, como parece, solo a esta segunda pregunta se puede dar una respuesta sensata, esto quiere decir que el problema de la definición del derecho encuentra su lugar apropiado en la teoría del ordenamiento y no en la teoría de la norma. Este es un argumento a favor de la importancia, anunciada desde el comienzo, de la teoría del ordenamiento, a la que se hará referencia en esta segunda parte. Solo en una teoría del ordenamiento —este es el punto al cual se espera llegar— el fenómeno jurídico encuentra su explicación adecuada.

En la parte anterior ya nos enfrentamos al fenómeno de la norma sin sanción. Partiendo de la consideración de la norma jurídica deberíamos responder que, si la sanción es característica esencial de la norma jurídica, las normas sin sanción no son normas jurídicas. Creímos, sin embargo, que se debía responder que "cuando se habla de una sanción organizada como elemento constitutivo del derecho, se hace referencia, no a la norma individual, sino al *ordenamiento normativo tomado en conjunto*, razón por la cual decir que la sanción organizada distingue al ordenamiento jurídico de todo otro tipo de ordenamiento, no implica que todas las normas del sistema sean sancionadas, sino solamente que lo sean la *mayor parte*" (*supra*, pág. 116). Nuestra respuesta demuestra, en concreto, que un problema mal resuelto en el plano de la norma individual, encuentra una solución más satisfactoria en el plano del ordenamiento.

Hay que decir lo mismo del problema de la eficacia. Si consideramos la eficacia como una característica de las normas jurídicas, nos encontramos en cierta forma frente a la necesidad de negar el carácter de norma jurídica a normas que pertenecen a un sistema normativo dado (en cuanto han sido producidas en forma legítima) y que son válidas, pero no eficaces, porque no se aplican (es el caso de muchas normas de nuestra Constitución). La dificultad se ha resuelto, también en este caso, desplazando la mirada de la norma individual al ordenamiento, considerado en su conjunto, y afirmando que la eficacia es una característica constitutiva del derecho, solo si con la expresión "derecho" queremos referirnos, no a la norma individual, sino al ordenamiento. El problema de la validez y de la eficacia, que da lugar a dificultades insuperables si se considera en relación con una norma

del sistema (la cual puede ser válida sin ser eficaz), se allana cuando se hace referencia al ordenamiento jurídico, en el cual la eficacia es el fundamento mismo de la validez.

Otro problema que en el plano de la norma jurídica ha dado lugar a infinitas y estériles controversias es el del derecho consuetudinario. Como se notó, el problema principal de una teoría de la costumbre es determinar en qué se diferencia una norma consuetudinaria jurídica de una norma consuetudinaria no jurídica; en otras palabras, ¿cuál es el proceso mediante el cual una simple norma consuetudinaria se torna norma jurídica? Este problema es insoluble, tal vez porque se ha planteado incorrectamente. Si es verdad, como hemos procurado demostrar hasta aquí, que lo que generalmente llamamos derecho es un fenómeno muy complejo, que tiene como punto de referencia todo un sistema normativo, es vano buscar el elemento distintivo de una costumbre jurídica respecto a la regla de la costumbre, en la norma consuetudinaria particular. Se debe responder más bien que una norma consuetudinaria se torna jurídica cuando hace parte de un ordenamiento jurídico. Pero de este modo el problema ya no es el tradicional de la teoría de la costumbre, es decir, ¿cuál es el carácter distintivo de una norma jurídica consuetudinaria respecto de una regla de costumbre? sino este otro: ¿por medio de qué procedimientos una norma consuetudinaria llega a formar parte de un ordenamiento jurídico?

Concluyendo, esta posición preeminente que se le ha atribuido al ordenamiento jurídico conduce a invertir la perspectiva en el estudio de algunos problemas de la teoría general del derecho. Esta inversión se puede expresar sintéticamente de la siguiente manera: mientras que para la teoría tradicional, un ordenamiento jurídico se compone de normas jurídicas, para la nueva perspectiva, normas jurídicas son aquellas que hacen parte de un ordenamiento jurídico. En otros términos: no hay ordenamientos jurídicos porque existen normas jurídicas distintas de las normas no jurídicas, sino que existen normas jurídicas porque existen ordenamientos jurídicos distintos de los ordenamientos no jurídicos. El término *derecho*, en su más común acepción de derecho objetivo, indica un tipo de sistema normativo, no un tipo de norma.

55. Pluralidad de normas

Aclarado como está, que la expresión *derecho* se refiere a un determinado tipo de ordenamiento, nos corresponde ahora profundizar acerca del concepto de ordenamiento. Para comenzar, partamos de una definición más general de ordenamiento, que poco a poco iremos particularizando:

el ordenamiento jurídico (como cualquier otro sistema normativo) es un *conjunto de normas*. Esta definición general de ordenamiento presupone una sola condición: que a la constitución de un ordenamiento concurren varias normas (al menos dos), y que no existe ningún ordenamiento compuesto por una sola norma.

¿Podemos concebir un ordenamiento compuesto por una sola norma? Pienso que la existencia de tal ordenamiento debe ser desechada. Dado que una regla de conducta puede referirse a todas las posibles acciones del hombre, y que la reglamentación consiste en cualificar una acción con una de las tres modalidades normativas (o deónticas) de lo obligatorio, de lo prohibido y de lo permitido, para concebir un ordenamiento compuesto por una sola norma sería necesario imaginar una norma que se refiriese a *todas* las acciones posibles y las cualificase con una *sola* modalidad.

Puestas estas condiciones, solo hay tres posibilidades de concebir un ordenamiento compuesto por una sola norma:

1. *Todo está permitido*: pero una norma de este género es la negación de cualquier ordenamiento jurídico, o, si se quiere, es la definición del estado de naturaleza, que es la negación de todo ordenamiento civil.

2. *Todo está prohibido*: una norma de este género tornaría imposible cualquier clase de vida social humana, la cual empieza desde el momento en que el hombre, más allá de las acciones necesarias, está en grado y condición de realizar algunas acciones que le son posibles; una norma semejante, que equipara las acciones posibles a las imposibles, solo dejaría subsistir las acciones necesarias, esto es, las acciones meramente naturales.

3. *Todo está ordenado*: también una norma semejante haría imposible la vida social, porque las acciones posibles estarían en conflicto entre sí, y ordenar dos acciones en conflicto significa volver una u otra, o ambas inexigibles.

Si es inconcebible un ordenamiento que regule *todas* las acciones posibles con una sola modalidad normativa o, en otras palabras, que abarque todas las acciones posibles con un único juicio de cualificación, no lo es un ordenamiento que ordene (o prohíba) *una sola* acción. Se trata de un ordenamiento muy simple que considera como condición para pertenecer a un determinado grupo o asociación el cumplimiento de una sola obligación (por ejemplo, un club de nudistas, o bien una asociación de beodos que establezca como única obligación la de beber solamente vino, o cosa similar). Pero, ¿un ordenamiento como este puede considerarse como un ordenamiento compuesto de una sola norma? Diría que no.

Veremos más adelante que toda norma particular que regula (ordenándola o prohibiéndola) una acción consiste en una norma general exclusiva, esto es, una norma que sustrae de la reglamentación particular todas las otras acciones posibles. La norma que prescribe solamente beber vino implica la norma que permite hacer cualquier otra cosa distinta de beber vino. Volviendo sobre lo mismo, con una fórmula, podemos decir que si "X es obligatorio" , implica que "no X está permitido". Pero, como se observa, en realidad son dos normas, una particular y otra general exclusiva, a pesar de que aquella expresamente se halle formulada en una sola. En este sentido se puede decir que, aunque el ordenamiento más simple es el que consiste en la sola prescripción de una acción particular, está compuesto al menos por dos normas. Es necesario agregar que un ordenamiento jurídico no es nunca tan simple. Para concebir un ordenamiento jurídico reducido a una sola norma particular, sería necesario elevar a norma particular el mandato *neminem laedere*. Pienso que solamente el mandato de no hacer daño a otros podría ser concebido como el único susceptible de ser reducido a un ordenamiento jurídico compuesto por una sola norma particular. Pero, aun tan simplificado, un ordenamiento jurídico comprende, no una, sino dos normas: la que prescribe no hacer daño a otros y la que autoriza realizar todo aquello que no implique hacer daño a otros.

Hasta aquí, al hablar de las normas que componen un ordenamiento, hemos hecho referencia a *normas de conducta*. En todo ordenamiento, junto a una norma de conducta, existen otros tipos de normas, que se suelen llamar *normas de estructura o de competencia*. Son aquellas normas que no prescriben la conducta que se debe o no observar, sino que prescriben las condiciones y los procedimientos mediante los cuales se dictan normas de conducta válidas. Una norma que ordena conducir por la derecha es una norma de conducta; una norma que establece que dos personas están autorizadas para regular sus propios intereses en un cierto ámbito mediante una norma vinculante y coactiva, es una norma de estructura, en cuanto no determina una conducta, sino que fija las condiciones y los procedimientos para producir normas válidas de conducta.

Hemos visto hasta ahora que no puede existir un ordenamiento compuesto por una sola norma de conducta. Nos preguntamos entonces: ¿se puede concebir un ordenamiento compuesto por una sola norma de estructura? Un ordenamiento de este tipo es concebible. Generalmente se considera como tal el ordenamiento de una monarquía absoluta, en la cual parece que todas las normas se pueden resumir en la siguiente: "Es obligatorio todo aquello que el soberano ordene". Por otra parte,

que dicho ordenamiento tendría una sola norma de estructura, no significa que haya una sola norma de conducta. Las normas de conducta son tantas cuantos sean, en un momento dado, los mandatos del soberano. El hecho de que solo haya una norma de estructura tiene como consecuencia una extrema variabilidad de las normas de conducta en el tiempo, no ya la exclusión de su pluralidad en un momento determinado.

56. Los problemas del ordenamiento jurídico

Si un ordenamiento jurídico está compuesto por varias normas, resulta de aquí que los principales problemas conexos con la existencia de un ordenamiento son los que nacen de las relaciones de las diversas normas entre sí.

En primer lugar, se trata de saber si estas normas constituyen una unidad, y en qué forma la constituyen. El problema fundamental que debe discutirse a este propósito es el de la *jerarquía* de las normas. El segundo capítulo se dedicará a la teoría de la unidad del ordenamiento jurídico.

En segundo lugar, se trata de saber si el ordenamiento jurídico constituye un *sistema* más que una unidad. El problema fundamental que se discute a este propósito es el de las antinomias jurídicas. A la teoría del sistema jurídico se dedicará el capítulo tercero.

Todo ordenamiento jurídico, unitario y tendencialmente (por no decir efectivamente) sistemático, pretende también ser completo. El problema fundamental que aquí se discute es el de las denominadas *lagunas* del derecho. A la teoría de la plenitud del ordenamiento jurídico se dedicará el capítulo cuarto.

En fin, no existe entre los hombres un solo ordenamiento, sino múltiples y de diverso tipo. ¿Existen relaciones entre los diferentes ordenamientos y de qué género son estas relaciones? El problema fundamental que aquí se debe examinar es el de la *remisión* de un ordenamiento a otro. A la teoría de las relaciones entre los ordenamientos se dedicará el quinto y último capítulo.

No pretendemos agotar de esta manera todos los problemas que nacen de la consideración del ordenamiento jurídico. Creemos, sin embargo, que estos son los principales problemas, cuyo estudio nos permitirá trazar las líneas generales de una teoría del ordenamiento jurídico destinada a continuar y a completar, como se dijo al comienzo de este primer capítulo, la teoría de la norma jurídica.

CAPÍTULO II

UNIDAD DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

57. FUENTES RECONOCIDAS Y FUENTES DELEGADAS

La hipótesis de un ordenamiento compuesto por una o dos normas, expuesta en el capítulo precedente, es puramente académica. En realidad los ordenamientos se componen de una miríada de normas que, como las estrellas en el firmamento, son imposibles de contar.

¿Cuántas son las normas que integran el ordenamiento jurídico italiano? Nadie lo sabe. Los juristas se lamentan de que son muchas; sin embargo, se crean nuevas normas y no puede ser de otra forma, si se quiere satisfacer todas las necesidades de la siempre cambiante e intrincada vida social.

La dificultad para ubicar todas las normas constitutivas de un ordenamiento depende del hecho de que generalmente estas normas no provienen de una sola *fuente*. Podremos distinguir los ordenamientos jurídicos en *simples* y *complejos*, según que las normas que los componen se deriven de una sola fuente o de varias fuentes. De acuerdo con nuestra experiencia de historiadores y de juristas, los ordenamientos jurídicos son complejos. La imagen de un ordenamiento integrado solamente por dos personajes, *el legislador*, que crea la norma, y *los súbditos* que las reciben, es puramente teórica. El legislador es un personaje imaginario, que esconde una realidad más complicada.

Aun un ordenamiento restringido, poco institucionalizado, aplicable a un grupo social de pocos miembros, como la familia, es generalmente un ordenamiento complejo, puesto que no siempre las reglas de conducta que rigen a los miembros del grupo tienen como fuente única la autoridad paterna, ya que el padre puede acoger reglas ya formuladas por sus antepasados, por las tradiciones familiares o bien por remisión a otros grupos familiares; a veces delega una parte (mayor o menor según las diferentes civilizaciones) del poder normativo a la esposa, o al hijo mayor. Ni siquiera en una concepción teológica del universo, las leyes que regulan el cosmos se derivan todas de Dios, o sea, son leyes divinas;

en algunos casos Dios ha facultado a los hombres para dictar leyes que regulen su conducta, mediante el dictamen de la razón (derecho natural) ya la voluntad de los superiores (derecho positivo).

La complejidad de un ordenamiento jurídico proviene del hecho de que la necesidad que tiene cualquier sociedad de regular las conductas es tan grande que no hay ningún poder (u órgano) capaz de satisfacerlas por sí mismo. Para dar solución a esta exigencia el poder supremo recurre generalmente a dos medios:

1. La *recepción* de normas ya formuladas, producto de ordenamientos diversos y precedentes;

2. La *delegación* del poder de producir normas jurídicas en poderes u órganos inferiores.

Por estas razones, en todos los ordenamientos, al lado de las fuentes directas se encuentran fuentes indirectas, que se pueden distinguir en dos clases: *fuentes reconocidas* y *fuentes delegadas*.

La complejidad de un ordenamiento jurídico proviene, por lo tanto, de la multiplicidad de las fuentes de las cuales afluyen las reglas de conducta, en última instancia, del hecho de que estas reglas tienen diverso origen, y llegan a existir (esto es, adquieren validez) partiendo de puntos muy lejanos.

Un típico ejemplo de *recepción* y por tanto de *fuente reconocida* es la *costumbre* en los ordenamientos estatales modernos, en los cuales la fuente directa y superior es la ley. Cuando el legislador remite expresamente a la costumbre en una situación particular o cuando expresa o tácitamente remite a la costumbre en materias no reguladas por la ley (es el caso de la llamada costumbre *praeter legem*), él acoge normas jurídicas ya elaboradas y enriquece el ordenamiento jurídico en su totalidad con un conjunto, que puede ser importante, de normas producidas en otros ordenamientos e inclusive establecidas en tiempos anteriores al establecimiento del ordenamiento estatal.

Naturalmente, se puede también considerar la posibilidad de acudir a la costumbre como una autorización a los ciudadanos para producir normas jurídicas por medio de su comportamiento uniforme, es decir, considerar también la costumbre entre las fuentes delegadas, atribuyendo a los usuarios la calificación de órganos estatales autorizados para producir normas jurídicas con su comportamiento uniforme.

Pero a mi parecer esta construcción, pese a lo ingeniosa, es un tanto artificiosa comoquiera que no tiene en cuenta una diferencia: en la recepción el ordenamiento jurídico acoge un producto ya hecho;

en la delegación, lo hace elaborar, ordenando una producción futura. La costumbre se asemeja más a un producto natural; el reglamento, el acto administrativo o la sentencia del magistrado, a un producto artificial. Se habla de poder reglamentario, de poder negocial, para indicar el poder normativo atribuido a los órganos ejecutivos o a los particulares. En cambio es inapropiado hablar de un poder para producir normas consuetudinarias, porque entre otras cosas, no se sabría siquiera a quién atribuirlo precisamente.

Un típico ejemplo de fuente delegada es el reglamento respecto de la ley. Los reglamentos son, como las leyes, normas generales y abstractas; pero, a diferencia de las leyes, su producción se confía generalmente al poder ejecutivo por delegación del poder legislativo, y una de sus funciones es la de integrar leyes muy génericas, que contienen solo máximas de dirección y que no pueden ser aplicadas sin una especificación posterior. Es imposible que el poder legislativo dicte todas las normas necesarias para regular la vida social, y por ello entonces se limita a dictar normas genéricas, que contienen solo directivas, y confía a los órganos ejecutivos, que son cada vez más numerosos, el encargo de hacerlas exigibles.

La misma relación existe entre normas constitucionales y leyes ordinarias, que a veces pueden considerarse como los reglamentos ejecutivos de las orientaciones de principio contenidas en la Constitución. A medida que se asciende en el ámbito de la jerarquía de las fuentes, las normas son cada vez menos numerosas y más genéricas; por el contrario, si se desciende, las normas son más numerosas y más específicas.

Otra fuente copiosísima de normas en un ordenamiento jurídico es el poder atribuido a los particulares para regular mediante actos voluntarios sus intereses propios; se trata del denominado *poder negocial*. La pertenencia de esta fuente a la categoría de fuentes reconocidas o a la de las fuentes delegadas es menos clara. Si se pone el acento en la *autonomía privada*, entendida como capacidad de los particulares para darse normas a sí mismos en un determinado ámbito de intereses, y si consideramos a los particulares capacitados para constituir un ordenamiento jurídico menor, absorbido en el ordenamiento estatal, esta vasta fuente de normas jurídicas se concibe, más bien, como creadora independiente de reglas de conducta, que son aceptadas por el Estado. Si, por el contrario, se pone el acento sobre el poder negocial como poder delegado del Estado a los particulares para regular los propios intereses en un campo extraño al interés público, la misma fuente aparece como fuente delegada. Se trata, en otras palabras, de decidir si la autonomía privada debe considerarse como un residuo de un poder

normativo natural o privado, anterior al Estado, o, más bien, como un producto del poder originario del Estado.

58. Tipos de fuentes y formación histórica del ordenamiento

Esta última cuestión demuestra que el problema de la distinción entre fuentes reconocidas y fuentes delegadas es un problema cuya solución depende también de la concepción general que se adopte respecto de la estructura de un ordenamiento jurídico.

En todo ordenamiento el último punto de referencia de toda norma es el poder originario, esto es, el poder más allá del cual no existe otro poder sobre el cual se pueda justificar el ordenamiento jurídico. Este punto de referencia es necesario, sobre todo, como veremos más adelante, para fundamentar la unidad del ordenamiento. A este poder originario lo denominamos la fuente de las fuentes. Si todas las normas provinieran directamente del poder originario, nos encontraríamos frente a un ordenamiento simple. En la realidad no es así. La complejidad del ordenamiento, esto es, el hecho de que en un ordenamiento real las normas afluyen a través de diferentes canales, históricamente depende de dos razones fundamentales:

1. Todo ordenamiento no nace en un desierto; prescindiendo de metáforas, la sociedad civil en la cual se forma un ordenamiento jurídico, como es, a manera de ejemplo, el Estado, no es una sociedad natural, en ningún momento privada de leyes, ya que es una sociedad en la cual están vigentes normas de varios géneros, morales, sociales, religiosas, consuetudinarias, reglas convencionales, y así sucesivamente. El nuevo ordenamiento que surge no elimina por completo la estratificación normativa que le precedía, dado que parte de aquellas reglas vienen a integrar, a través de una recepción expresa o tácita, el nuevo ordenamiento, que de este modo surge limitado por los ordenamientos precedentes. Cuando hablamos del poder originario entendemos originario jurídicamente, no históricamente. Podemos hablar en este caso de un *límite externo* del poder soberano.

2. El poder originario, una vez constituido, crea para sí mismo, para satisfacer la necesidad de una normatividad siempre actual, nuevos centros de producción jurídica, atribuyendo a los órganos ejecutivos el poder de producir normas integradoras subordinadas a las legislativas (los reglamentos); a los entes autónomos territoriales el poder de dictar normas adaptadas a las necesidades locales (el poder normativo de las

regiones, de la provincia, de los municipios), y a los particulares el poder de regular los asuntos propios por medio de los negocios jurídicos (el poder negocial).

La multiplicación de las fuentes no se deriva aquí, como en los casos considerados *sub 1*, de una limitación proveniente del exterior, esto es, del choque con una realidad normativa preconstituida, que debe ser tenida en cuenta también por el poder soberano, sino como una *autolimitación del poder soberano*, que sustrae de sí mismo una parte del poder normativo para darlo a otros órganos o entidades, dependientes de aquel. Se puede hablar en este caso de *límite interno* del poder normativo originario.

Es interesante observar que este doble proceso de formación de un ordenamiento, mediante la absorción de un derecho preexistente y la creación de un derecho nuevo, y la consiguiente problemática de la limitación externa e interna del poder originario, se refleja fielmente en las dos concepciones principales con las que los jusnaturalistas explicaban el paso del estado de naturaleza al estado civil. La alusión que frecuentemente hago a las teorías jusnaturalistas se debe al hecho de que las considero como modelos racionales, útiles para la formulación de teorías simples sobre los problemas más generales del derecho y del Estado.

De acuerdo con el pensamiento jusnaturalista, el poder civil originario surge de un estado de naturaleza precedente, a través del procedimiento característico del *contrato social*. Pero solo hay dos modos de concebir este contrato social. En una primera hipótesis, que podríamos denominar hobbesiana, quienes estipulan el contrato renuncian completamente a todos los derechos del estado de naturaleza y entonces el poder civil nace sin límites, es decir, toda limitación futura será autolimitación. En una segunda hipótesis, que podríamos llamar lockiana, el poder civil se fundamenta en el fin de asegurar mejor el disfrute de los derechos naturales (como la vida, la propiedad, la libertad), y por consiguiente nace originariamente limitado por un derecho preexistente. En la primera hipótesis el derecho natural desaparece completamente al dar vida al derecho positivo; en la segunda, el derecho positivo no es sino un instrumento para la completa actuación del derecho natural preexistente. Aún más, en la primera teoría la soberanía civil nace absoluta, esto es, sin límites. Los juristas positivistas que aceptan esta hipótesis se ven constreñidos a hablar de *autolimitación* del Estado para dar una explicación al hecho de que aun en un ordenamiento centralizado, y que se proclama originario, como el Estado moderno, existen poderes normativos descentralizados o suplementarios, o zonas de libertad ante las cuales se detiene el poder normativo del Estado. En la segunda teoría, por el contrario,

la soberanía nace ya limitada, porque el derecho natural originario no es suplantado completamente por el nuevo derecho positivo, comoquiera que conserva en parte su eficacia en el interior del mismo ordenamiento positivo, como derecho receptado.

En estas dos hipótesis se ven representados y racionalizados con bastante claridad los dos procesos de formación de un ordenamiento jurídico y la estructura compleja que de allí se deriva. De un lado, el ordenamiento positivo se concibe como si se hiciera tabla rasa de todo derecho preexistente, configurado aquí por el derecho que rige en el estado de naturaleza; por otro lado, se concibe como proveniente de un estado jurídico más antiguo pero que continúa subsistiendo. En el primer caso todo límite del poder soberano es autolimitación; en el segundo, existen límites originarios y externos. Cuando hablamos de la complejidad del ordenamiento jurídico, derivada de la existencia de fuentes reconocidas y de fuentes delegadas, acogimos y reunimos en una teoría unitaria del ordenamiento jurídico tanto la hipótesis de los límites externos como la hipótesis de los límites internos. A manera de ejemplo, la adopción de una normatividad consuetudinaria corresponde a la hipótesis de un ordenamiento que nace limitado, en tanto que la atribución de un poder reglamentario corresponde a la hipótesis de un ordenamiento que se autolimita. En cuanto al poder negocial, este puede ser explicado con ambas hipótesis, ya sea como una especie de derecho del estado de naturaleza (la identificación entre derecho natural y derecho de los particulares se encuentra, por ejemplo, en KANT) que el Estado reconoce, o como una delegación del Estado a los ciudadanos.

59. LAS FUENTES DEL DERECHO

En los dos parágrafos precedentes hemos hecho la distinción entre fuentes originarias y fuentes derivadas; hemos subdividido luego las fuentes derivadas en fuentes reconocidas y en fuentes delegadas, y hablamos también de una fuente de las fuentes. Pero no hemos dicho hasta ahora qué se entiende por "fuente". Podríamos aceptar aquí una definición muy conocida: "fuentes del derecho" son aquellos hechos o aquellos actos de los cuales el ordenamiento jurídico hace depender la producción de normas jurídicas. El conocimiento de un ordenamiento jurídico (y también de un sector particular de este ordenamiento) parte siempre de la enumeración de sus fuentes. No es casual que en el art. 1° de las Disposiciones Generales (de la Constitución italiana) se encuentre la lista de las fuentes del ordenamiento jurídico italiano vigente. Lo que nos interesa notar en una teoría general del ordenamiento jurídico

no es tanto cuántas y cuáles son las fuentes del derecho en un ordenamiento jurídico moderno, como el hecho de que, en el mismo momento en el cual se reconoce que existen actos o hechos de los cuales se hace depender la producción de normas jurídicas (precisamente las fuentes del derecho), se reconoce también que el ordenamiento jurídico, más allá de regular el comportamiento de las personas, *regula también el modo como se deben producir las reglas*.

Se suele decir que el ordenamiento jurídico regula la propia producción normativa. Ya habíamos visto que junto a las normas de comportamiento se encontraban normas de estructura. Estas normas de estructura se pueden considerar también como las normas para la producción jurídica, o sea, las normas que regulan los procedimientos de reglamentación jurídica, es decir, normas que no regulan un comportamiento sino el modo de regular un comportamiento, o, más exactamente, el comportamiento que regulan es el de la producción de las reglas.

Consideremos un ordenamiento elemental como el familiar. Si lo concebimos como un ordenamiento simple, esto es, como un ordenamiento en el cual solo existe una fuente de producción normativa, no existiría sino una sola regla sobre la producción jurídica, que podría ser formulada de este modo: "el padre tiene la autoridad de regular la vida de la familia". Pero admitamos que el padre renuncie a regular directamente un sector de la vida familiar, como podría ser el relacionado con la vida escolar de los hijos, y confíe a la madre el poder de regularlo. Tendremos en este ordenamiento una segunda norma sobre la producción jurídica, que podrá ser formulada así: "la madre tiene la autoridad, que le ha atribuido el padre, para regular la vida escolar de los hijos". Como se ve, esta norma no dice nada acerca de la forma como los hijos deben cumplir sus deberes escolares; simplemente determina a quién corresponde establecer estos deberes, esto es, crea una fuente de derecho.

Tomemos ahora un ordenamiento estatal moderno. En todos los grados normativos encontramos normas de conducta y normas de estructura, esto es, normas encargadas directamente de regular las conductas de las personas, y normas encargadas de regular la producción de otras normas. Comencemos con la Constitución: en una Constitución como la italiana hay normas que solo atribuyen directamente derechos y deberes a los ciudadanos, como las relativas a los derechos de libertad, pero hay otras normas que regulan el procedimiento por medio del cual el Parlamento puede ejercer el poder legislativo, y no establecen nada en relación con las personas, pues se limitan a determinar el modo como pueden dictarse las normas relativas a las personas. En cuanto a las leyes ordinarias, aun no todas están dirigidas direc-

tamente a los ciudadanos, y la mayor parte de ellas, como las leyes penales y gran parte de las leyes de procedimiento, tienen por objeto impartir instrucciones a los jueces acerca de la manera como ellos deben dictar esas normas individuales y concretas que son las sentencias, o bien no son normas de conducta sino normas para la producción de otras normas.

Nos basta haber llamado la atención sobre esta categoría de *normas para la producción de otras normas*, ya que la presencia y frecuencia de estas normas es lo que constituye la complejidad del ordenamiento jurídico; y solo el estudio del ordenamiento jurídico nos permite entender la naturaleza y la importancia de estas normas. Desde el punto de vista formal, la teoría de la norma jurídica se había detenido en la consideración de las normas como imperativos, entendiendo por imperativo el mandato de hacer o no hacer. Si también tomamos en consideración las normas para la producción de otras normas, debemos colocar al lado de los imperativos, entendidos como mandatos de hacer o de no hacer, que podemos denominar *imperativos de primera instancia*, los *imperativos de segunda instancia*, entendidos como mandatos para ordenar, etc. Solo la consideración del ordenamiento en su conjunto permite descubrir la presencia de estas normas de segunda instancia.

La clasificación de este tipo de normas es más compleja que la de las normas de primera instancia que clasificamos, siguiendo la tripartición clásica, en normas imperativas, prohibitivas y permisivas. Se pueden distinguir nueve tipos de normas de segunda instancia:

1. Normas que *ordenan mandar* (por ejemplo: art. 34, inc. 2° de la Constitución* por el cual el constituyente ordena al legislador ordinario promulgar leyes que hagan obligatoria la instrucción).

2. Normas que *prohíben mandar* (art. 27 inc. 4°, que prohíbe al legislador imponer la pena de muerte).

3. Normas que *permiten mandar* (en todos los casos en los cuales el constituyente considera que no debe intervenir para dictar normas sobre algunas materias, se puede decir que aquel le permite regularlas al legislador. Por ejemplo, el art. 32, inc. 2, permite al legislador ordinario establecer normas relativas a materias sanitarias).

4. Normas que *ordenan prohibir* (art. 18, inc. 2, el constituyente impone al legislador ordinario dictar normas que prohíban las asociaciones secretas).

5. Normas que *prohíben prohibir* (artículo 22: "Nadie podrá ser privado por motivos políticos, de la capacidad jurídica, de la ciudadanía, del nombre").

* N. T. Las normas citadas son de la Constitución italiana.

6. Normas que *permiten prohibir* (a propósito del art. 40 de la Constitución, que sanciona la libertad de huelga, se puede observar que ni en este ni en otro lugar se habla de la libertad de paro patronal; esta laguna se podría interpretar como si el constituyente hubiere dejado al legislador la facultad de prohibirlo).

7. Normas que *ordenan permitir* (este caso coincide con el quinto).

8. Normas que *prohíben permitir* (ese caso coincide con el cuarto).

9. Normas que *permiten permitir* (como el permiso es la negación de una prohibición, este es el caso de una ley constitucional que deroga una prohibición contenida en una ley constitucional precedente)*.

60. Elaboración gradual del ordenamiento

La complejidad del ordenamiento, sobre la cual ya hemos llamado la atención, no excluye su *unidad*. No podríamos hablar de ordenamiento jurídico si no lo consideramos como algo unitario. Es fácilmente comprensible que un ordenamiento simple sea unitario, es decir, que sus normas provengan de una sola fuente. Pero que un ordenamiento complejo sea unitario, es algo que se debe explicar.

Acogemos aquí la teoría de la elaboración gradual del ordenamiento jurídico de Kelsen, comoquiera que esta teoría sirve para explicar la unidad de un ordenamiento jurídico complejo. La esencia de esta teoría está en que las normas de un ordenamiento no se encuentran todas en el mismo plano, pues hay normas superiores y normas inferio-

* N. T. En relación con este punto en el ordenamiento colombiano podemos encontrar los siguientes ejemplos:

1. Normas que ordenan mandar: art. 67 inciso 4° de la C. N.: ..."La enseñanza primaria será gratuita en las instituciones del Estado sin perjuicio del cobro de derechos académicos a quienes puedan sufragarlos".

2. Normas que prohíben mandar: art. 215 inciso 9° de la C. N.: "El gobierno no podrá desmejorar los derechos sociales de los trabajadores mediante los decretos contemplados en este artículo".

3. Normas que permiten mandar: art. 338 inciso 2° de la C. N.: "La ley, las ordenanzas y los acuerdos pueden permitir que las autoridades fijen las tarifas de las tasas y contribuciones que cobren a los contribuyentes...".

4. Normas que ordenan prohibir: art. 34 de la C. N.: "Se prohíbe la extradición de colombianos por nacimiento...".

5. Normas que prohíben prohibir: art. 19 de la C. N.: "Se garantiza la libertad de cultos. Toda persona tiene derecho a profesar libremente su religión y a difundirla en forma individual o colectiva".

6. Normas que permiten prohibir: art. 56 de la C. N.: "Se garantiza el derecho de huelga, salvo en los servicios públicos esenciales definidos por el legislador".

res. Las normas inferiores dependen de las superiores. Partiendo de las normas inferiores y pasando por las que se encuentran en un plano más alto, llegamos por último a una norma suprema que no depende de ninguna otra norma superior, la *norma fundamental* en la cual reposa la unidad del ordenamiento. Esta norma suprema es la norma fundamental. Todo ordenamiento tiene una norma fundamental, y es esta norma la que le da unidad a todas las otras normas; esto es, hace de las normas dispersas y de distinta procedencia un conjunto unitario, que se puede denominar justamente "ordenamiento". La norma fundamental es el término unificador de las normas que componen un ordenamiento jurídico. Sin ella, las normas de que hemos hablado hasta ahora constituirían un conjunto informe, mas no un ordenamiento. En otras palabras, por numerosas que sean las fuentes del derecho en un ordenamiento complejo, este ordenamiento constituye una unidad por el hecho de que directa o indirectamente, con vueltas más o menos tortuosas, todas las fuentes del derecho convergerían en una única norma.

Como consecuencia de la presencia de normas superiores e inferiores en un ordenamiento jurídico, este tiene una *estructura jerárquica*. Las normas de un ordenamiento están dispuestas en *orden jerárquico*. La trascendencia de este orden jerárquico se demostrará en el capítulo siguiente, cuando hablaremos de las antinomias y del modo de resolverlas. Aquí nos limitaremos a comprobarlo y a explicarlo. Consideremos cualquier acto con el cual Ticio ejecuta la obligación contraída con Cayo, y llamémoslo *acto ejecutivo*. Este acto ejecutivo es el cumplimiento de una regla de conducta derivada del contrato. Por otra parte, el cumplimiento del contrato debe ajustarse a las normas legislativas que regulan los contratos. En cuanto a las normas legislativas estas deben haber sido dictadas siguiendo las normas constitucionales para la creación de las leyes. Por tanto, el acto ejecutivo, del cual hemos partido nosotros, está ligado, aunque en forma mediata, a las normas constitucionales que producen, si bien en niveles distintos, las normas inferiores. El acto ejecutivo pertenece a determinado sistema normativo por cuanto, de norma en norma se puede hacer que se remonte a las normas constitucionales. El cabo recibe órdenes del sargento, el sargento del teniente y este del capitán, y así hasta llegar al general; en un ejército se habla de unidad de mando porque la orden del cabo puede provenir del general. El ejército es un ejemplo de estructura jerárquica. Y así es el ordenamiento jurídico.

El acto de Ticio que ejecuta un contrato lo hemos llamado *acto ejecutivo*, así como hemos denominado a las normas constitucionales, normas *productoras* de normas inferiores. Si observamos mejor la estructura jerárquica del ordenamiento, advertiremos que los términos

ejecución y *producción* son relativos. Podemos decir que así como Ticio ejecuta el contrato, así también Ticio y Cayo, al estipular el contrato, han ejecutado las normas sobre los contratos, y que los órganos legislativos al dictar las leyes sobre contratación han ejecutado la Constitución. Por otra parte, si es cierto que las normas constitucionales *producen* las leyes ordinarias, es también cierto que las leyes ordinarias *producen* normas sobre los contratos y quienes estipulan un contrato *producen* el acto ejecutivo de Ticio.

En una estructura jerárquica como la del ordenamiento jurídico, los términos *ejecución* y *producción* son relativos, porque la misma norma puede ser considerada, a un mismo tiempo, *ejecutiva* y *productiva*: ejecutiva respecto de la norma superior, y productiva respecto de la norma inferior. Las leyes ordinarias ejecutan la Constitución y producen los reglamentos. Los reglamentos ejecutan las leyes ordinarias y producen los comportamientos conformes a ellos. Todas las fases de un ordenamiento son a un mismo tiempo ejecutivas y productivas, con excepción de la que está en el grado más alto y de la que está en el grado más bajo. El grado más bajo está compuesto por actos ejecutivos, ya que estos son solo ejecutivos y no productivos. El grado más alto está constituido por la norma fundamental (sobre la cual volveremos en el parágrafo siguiente) que, por lo tanto, es solo productiva y no ejecutiva.

Por lo general, la estructura jerárquica de un ordenamiento se representa con una pirámide, razón por la cual se habla también de construcción en pirámide del ordenamiento jurídico. En esta pirámide el vértice está ocupado por la norma fundamental, mientras que la base está constituida por los actos ejecutivos. Si miramos la pirámide de lo alto hacia abajo, veremos una *serie de procesos de producción jurídica*, y si la miramos de abajo hacia lo alto, veremos al contrario, una *serie de procesos de ejecución jurídica*. En los grados intermedios hay a un mismo tiempo producción y ejecución, mientras en los grados extremos, o solo hay producción (norma fundamental), o solo hay ejecución (actos ejecutivos). Este doble proceso ascendente y descendente puede ser aclarado también con otras dos nociones características del lenguaje jurídico: *poder* y *deber*.

Mientras la producción jurídica es la expresión de un poder (originario o derivado), la ejecución revela el cumplimiento de un *deber*. Una norma que atribuye a una persona o a un órgano el poder de dictar normas jurídicas impone, al mismo tiempo, a otra persona, el deber de obedecerlas. Poder y deber son dos conceptos correlativos, ya que uno no puede existir sin el otro. Denominamos poder, en una de sus más importantes acepciones, la capacidad que el ordenamiento jurídico atribuye a esta o a aquella persona de cumplir deberes jurídicos con respecto a otras personas; se llama deber jurídico el comportamiento a que está

obligado el que se halla sometido al poder. No hay deber respecto de un sujeto sin que exista un poder por parte de otro sujeto. A veces puede existir un poder sin un deber correspondiente: se trata del caso en el cual al poder no le corresponde un deber sino una sujeción (son los llamados derechos potestativos); pero esta es una cuestión muy discutida, sobre la cual hemos tratado otras veces, y que se sale de este estudio.

Sea como fuere, poder y deber son dos términos correlativos de la relación jurídica, la cual se puede definir como la relación entre el poder de un sujeto y el deber de otro sujeto. (Para indicar el correlativo del deber, preferimos la palabra "poder", a la palabra, más comúnmente usada, "derecho", porque esta última, en el sentido de derecho subjetivo, tiene muchos significados diferentes y constituye una de las mayores fuentes de confusión en las controversias entre los teóricos del derecho. *Derecho* significa también *facultad*, *permiso, lícito*, en el sentido, ya explicado en la parte referente a la teoría de la norma jurídica, de comportamiento opuesto al deber: el permiso como negación del deber. Cuando, por el contrario, en vez de *derecho* se usa el término *poder*, el derecho no es la negación del deber, sino el término correlativo del deber en una relación intersubjetiva).

En cuanto a la pirámide que representa el ordenamiento jurídico, desde el momento en que poder y deber son dos términos correlativos, si la consideramos de arriba hacia abajo, veremos una serie de poderes sucesivos: el poder constitucional, el poder legislativo ordinario, el poder reglamentario, el poder jurisdiccional, el poder negocial, etc.; si la consideramos de abajo hacia arriba veremos una serie de deberes sucesivos: el deber del sujeto de ejecutar la sentencia de un magistrado; el deber del magistrado de ceñirse a las leyes ordinarias; el deber del legislador de no violar la Constitución.

Hagamos una última observación sobre la estructura jerárquica del ordenamiento. Por más que todos los ordenamientos tengan forma de pirámide, no todas las pirámides tienen un mismo número de planos. Hay ordenamientos en los que no existen diferencias entre leyes constitucionales y leyes ordinarias; son aquellos ordenamientos en los que el poder legislativo puede, con el mismo procedimiento, producir leyes ordinarias y leyes constitucionales, y en los que, por tanto, el legislador ordinario no está obligado a ejecutar las prescripciones contenidas en las leyes constitucionales.

Se puede suponer un ordenamiento en el que se halla abolido también el plano de las leyes ordinarias: sería un ordenamiento en el cual la Constitución atribuye directamente a los órganos judiciales el poder de dictar las normas jurídicas necesarias, en cada caso. En un sistema jurídico inspirado en una ideología colectivista, en el que se haya aboli-

do toda forma de propiedad privada, estaría eliminado el plano normativo constituido por el poder negocial.

Pero no existen solo ejemplos de ordenamientos con un número de planos normativos menor del normal. No es difícil encontrar ejemplos de ordenamientos con más planos, como sería el caso de los Estados federales en los que a más del poder legislativo del Estado federal hay también un poder legislativo, subordinado a aquel, atribuido a los Estados miembros.

61. LÍMITES MATERIALES Y LÍMITES FORMALES

Cuando un órgano superior atribuye un poder normativo a un órgano inferior, no le atribuye un poder ilimitado, puesto que al hacerlo establece también los límites dentro de los cuales puede ser ejercido dicho poder normativo. Tanto el ejercicio del poder negocial como el ejercicio del poder jurisdiccional están limitados por el poder legislativo, y este, a su vez, está limitado por el poder constitucional. A medida que se desciende a lo largo de la pirámide, el poder normativo está cada vez más circunscrito. Piénsese en la cantidad de poder atribuido a la fuente negocial con respecto a la atribuida a la fuente legislativa.

Los límites con los cuales el poder superior restringe y regula el poder inferior son de dos tipos diferentes:

a) Relativos al contenido;

b) Relativos a la forma.

Por esto se habla de límites *materiales* y de límites *formales*. El primer tipo de límites tiene que ver con el contenido de la norma que el inferior está autorizado para dictar, y el segundo tipo se refiere a la forma, esto es, al modo o al procedimiento por medio del cual el inferior debe dictar la norma. Desde el punto de vista del inferior, puede observarse que este recibe un poder limitado, en relación con *aquello* que puede mandar o prohibir, o respecto de *cómo* puede mandar o prohibir. Estos dos límites pueden ser ambos impuestos al mismo tiempo, pero en algunos casos se puede imponer uno sin el otro. Es importante destacar estos límites porque delimitan el ámbito en el que la norma inferior puede ser proferida legítimamente; una norma inferior que exceda los límites materiales, esto es, que regule una materia diferente de la que le ha sido asignada o en forma diferente de la prescrita, o bien que exceda los límites formales al no seguir el procedimiento establecido, es susceptible de ser declarada ilegítima o de ser expulsada del sistema.

En el paso de la norma constitucional a la ordinaria son frecuentes y evidentes tanto los límites materiales como los formales. Cuando la ley constitucional atribuye a los ciudadanos, por ejemplo, el derecho a la libertad religiosa, limita el contenido normativo del legislador ordinario, o sea que le prohíbe dictar normas que tengan por contenido la restricción o la supresión de la libertad religiosa. Los límites de contenido pueden ser *positivos* o *negativos*, según que la Constitución le imponga al legislador ordinario dictar normas en una materia determinada (mandato de ordenar), o bien le prohíba dictar normas en una determinada materia (prohibición de ordenar o mandato de permitir).

Cuando una constitución establece que el Estado debe proporcionar instrucción hasta cierta edad, le atribuye al legislador ordinario un límite positivo; en cambio, cuando atribuye ciertos derechos de libertad, establece un límite negativo, consistente en la prohibición de dictar leyes que limiten o eliminen cualquier ámbito de libertad. En cuanto a los límites formales, estos están constituidos por todas aquellas normas de la Constitución que regulan el funcionamiento de los órganos legislativos, y que representan una parte importante de una Constitución. Mientras los límites formales generalmente nunca faltan, en las relaciones entre Constitución y ley ordinaria pueden faltar los límites materiales; esto se verifica en los ordenamientos en los que no hay una diferencia de grado entre leyes constitucionales y leyes ordinarias (las llamadas constituciones flexibles). En estos ordenamientos el legislador ordinario puede legislar en cualquier materia y en cualquier dirección. En una Constitución típicamente flexible como la inglesa, se ha dicho que el Parlamento puede hacerlo todo con excepción de transformar un hombre en mujer (que, como acción imposible, está por sí misma excluida de las acciones regulables).

Si observamos ahora el paso de la ley ordinaria a la decisión judicial, entendida como regulación del caso concreto, en la mayor parte de las legislaciones encontramos los dos límites. Las leyes relativas al *derecho sustancial* pueden ser consideradas desde un cierto punto de vista (en cuanto se entienden como reglas dirigidas a los jueces antes que a los ciudadanos), como límites de contenido al poder normativo del juez; en otras palabras, la existencia de las leyes de derecho sustancial hacen que el juez, al decidir una controversia, deba buscar y encontrar la solución prevista en las leyes ordinarias. Cuando se dice que el juez *debe* aplicar la ley, se dice, en otras palabras, que la actividad del juez está limitada por la ley, en el sentido de que el contenido de la sentencia debe corresponder al contenido de una ley; si esta correspondencia no se da, la sentencia del juez puede ser declarada sin valor,

como cuando una ley ordinaria no es conforme con la Constitución. Las leyes relativas al *procedimiento* constituyen, en cambio, los límites formales de la actividad del juez. Esto quiere decir que el juez está autorizado para dictar normas jurídicas en cada caso concreto, pero debe dictarlas siguiendo un rito preestablecido en gran parte por la ley.

En general, los vínculos del juez en relación con las leyes son más amplios de los que tiene el legislador ordinario en relación con la Constitución. Mientras que en el paso de la Constitución a la ley ordinaria vimos que se podía presentar el caso de falta de límites materiales, en el paso de la ley ordinaria a la decisión del juez es difícil que en la realidad se presente esta falta. Supongamos la hipótesis de un ordenamiento en el que la Constitución establece que en todos los casos el juez debe juzgar según la equidad. Se llaman "juicios de equidad" aquellos en los cuales el juez está autorizado para resolver una controversia sin recurrir a una norma legal preestablecida. El juicio de equidad puede definirse como la autorización que tiene el juez para producir derecho más allá de todo límite material impuesto por las normas superiores. En nuestros ordenamientos este tipo de autorización es muy raro. En los ordenamientos en que el poder creador del juez es más amplio, el juicio de equidad es no obstante excepcional. En estos casos los límites materiales al poder normativo del juež no se derivan de la ley escrita, pero sí de otras fuentes superiores, como pueden ser la costumbre o bien el precedente judicial.

En el paso de la ley ordinaria al negocio jurídico, esto es, al ámbito de la autonomía privada, generalmente prevalecen los límites formales sobre los materiales. Las normas relativas a los contratos generalmente son reglas destinadas a fijar el modo como debe desarrollarse el poder negocial, para que produzca consecuencias jurídicas, más que la materia que se debe desarrollar. Se puede formular el principio general según el cual, en relación con la autonomía privada, al legislador ordinario no le interesa tanto la materia sobre la cual puede ejercerse cuanto la forma como debe desarrollarse. En la teoría general del derecho esto ha conducido a afirmar, con una deducción ilícita, que al derecho no le interesa tanto lo que los hombres hacen cuanto el modo como lo hacen; o también, que el derecho no prescribe lo que los hombres deben hacer sino el modo, es decir, la forma de la acción; en síntesis, que el derecho es una regla formal de la conducta humana. Una tesis de este género tiene apariencia de verdad solo si se refiere a la relación entre ley y autonomía privada. Pero también en esta materia restringida está muy lejos de tener fundamento. Piénsese, por ejemplo, en el poder atribuido al particular

para disponer de sus propios bienes mediante testamento. No hay duda que la ley, precisamente por una actitud de respeto hacia la voluntad individual, prescribe, inclusive minuciosamente, las formalidades relativas a la redacción del testamento para que este pueda ser considerado válido. Pero, ¿se puede decir que la ley renuncia completamente a impartir reglas relativas al contenido? Cuando la legislación establece cuáles son las partes del patrimonio de las que el testador no puede disponer (la denominada "legítima"), nos encontramos frente a los límites que restringen el poder del testador, no solo en relación con la *forma* sino también con el *contenido*.

62. La norma fundamental

En el parágrafo 55, partiendo de las normas inferiores hacia las superiores, nos detuvimos en las normas constitucionales. ¿Son las normas constitucionales realmente las últimas normas, más alla de las cuales no se puede seguir? Por otra parte, ¿qué es lo que lleva a hablar de norma fundamental en todo ordenamiento jurídico? ¿Son acaso las normas contitucionales la norma fundamental?

Para cerrar el sistema debemos ir un poco más allá de las normas constitucionales. Partimos de la consideración, varias veces hecha, de que toda norma presupone un poder normativo, pues norma significa imposición de deberes (imperativo, mandato, prescripción, etc.); donde hay deber, ya hemos visto, hay poder. Por lo tanto, si hay normas constitucionales debe haber un poder normativo del cual se han derivado y este poder es el poder constituyente. El poder constituyente es el poder último, o, si preferimos, supremo u originario de un ordenamiento jurídico. Determinado el poder constituyente como poder último, debemos presuponer, por tanto, una norma que le atribuye al poder constituyente la facultad de producir normas jurídicas: *esta norma es la norma fundamental*, y esta norma de una parte la atribuye a los ordenamientos constitucionales el poder de producir normas válidas, y de otra, le impone a todas las personas a quienes se dirige la norma constitucional, el deber de las personas a quienes se dirije la norma constitucional, el deber de obedecerla. Es una norma al mismo tiempo atributiva e imperativa, según que la consideremos desde el punto de vista del poder que le da origen o del deber jurídico que de ella surge. Puede formularse de este modo: "El poder constituyente está autorizado para dictar normas obligatorias para toda la colectividad", o también, "La colectividad está obligada a obedecer las normas dictadas por el poder constituyente".

Obsérvese bien que la norma fundamental no es expresa, pero nosotros la presuponemos para fundar el sistema normativo. Para crear un sistema normativo es necesario una norma última, más allá de la cual sería inútil proseguir. Toda la polémica sobre la norma fundamental proviene de no haber entendido su función. Dado un ordenamiento compuesto por normas de diverso origen, la unidad del ordenamiento exige que las normas que lo componen se reduzcan a la unidad. Esta *reductio ad unum* no puede llevarse a cabo si por encima del sistema no se pone una norma única, de la cual se deriven todas las otras, directa o indirectamente. Esta norma única no puede ser sino la que impone el deber de obedecer el poder originario del cual provienen la Constitución, las leyes originarias, los reglamentos, la decisión judicial, etc. Si no exigiéramos una norma fundamental, no encontraríamos el *ubi consistam* del sistema. Y esta norma última no puede ser sino aquella de la cual se deriva el poder primario. Habiendo definido todo poder jurídico como producto de una norma jurídica, podemos considerar el poder constituyente como poder jurídico solo si lo consideramos también como el producto de una norma jurídica. La norma jurídica que produce el poder constituyente es la norma fundamental. El hecho de que esta norma no sea expresa, no significa que no exista, pues a ella nos referimos como el fundamento sobrentendido de la legitimidad de todo el sistema. Cuando apelamos a la Constitución italiana para solicitar su aplicación, alguna vez nos hemos preguntado, ¿qué significa, jurídicamente, nuestra apelación? Significa que consideramos legítima la Constitución, porque ha sido legítimamente establecida. Si nos preguntamos, además, qué significa que haya sido establecida legítimamente, o nos remontamos al decreto del lugarteniente del 25 de junio de 1944, que le atribuía a una futura Asamblea Constituyente la tarea de dictar la nueva Constitución del Estado, o sea —aceptando la tesis de la ruptura entre el viejo y el nuevo ordenamiento— no podemos hacer otra cosa que presuponer una norma que impone obedecer lo que el poder constituyente ha establecido; y esta es la norma fundamental que, aun cuando no sea expresa, es el presupuesto de nuestra obediencia a las leyes derivadas de la Constitución y a la Constitución misma.

Podemos tratar de explicar la necesidad de exigir la norma fundamental por otra vía. Hemos hablado hasta ahora del ordenamiento como conjunto de normas. ¿Cómo hacemos para establecer si una norma pertenece a un ordenamiento? La pertenencia de una norma a un ordenamiento es lo que se denomina *validez*. Vimos en la primera parte cuáles son las condiciones necesarias para poder establecer cuándo una norma es válida. Estas condiciones sirven para probar precisamente

si determinada norma pertenece a un ordenamiento. Una norma existe como norma jurídica, o es jurídicamente válida, en cuanto pertenece a un ordenamiento jurídico. Saber si una norma jurídica es válida o no, no es cuestión inútil. Si una norma jurídica es válida significa que es obligatorio obedecerla, y esto significa generalmente que si no se obedece, el juez se verá obligado a intervenir imponiendo esta o aquella sanción. Si es cierto que los ciudadanos frecuentemente actúan sin preocuparse de las consecuencias jurídicas de sus actos y, por lo tanto, sin preguntarse si están actuando o no conforme a una norma válida, el juez aplica solo las normas válidas o que considera válidas.

El juicio sobre la validez de una norma es decisivo para la conducta del juez, aunque no siempre para la del ciudadano. Pero, ¿cómo hacen los ciudadanos o el juez para distinguir una norma válida de una norma no válida, en otras palabras, para distinguir una norma que pertenece al sistema de otra que no hace parte del sistema? Hemos dicho en la primera parte, que la primera condición para que una norma sea considerada válida es que haya sido dictada por una autoridad que tiene legítimamente el poder de dictar normas jurídicas. Pero, ¿cuál es la autoridad que tiene este poder legítimo? La autoridad a la cual una norma superior, también legítima, le ha atribuido este poder. Y ¿de dónde proviene esta norma superior? Una vez más de grado en grado llegamos al poder supremo, cuya legitimidad la da una norma más allá de la cual no existe otra norma y es, por tanto, la norma fundamental. Así podemos afirmar que la pertenencia de una norma a un ordenamiento se establece yendo de grado en grado, de poder en poder, hasta llegar a la norma fundamental. Y como el hecho de pertenecer al ordenamiento significa validez, podemos concluir que una norma es válida cuando se puede relacionar, no importa si a través de uno o más grados, con la norma fundamental. Entonces diremos que la norma fundamental es el criterio supremo que permite establecer la pertenencia de una norma a un ordenamiento, en otras palabras, es el *fundamento de validez de todas las normas del sistema*. Por lo tanto, no solo la exigencia de la unidad del ordenamiento sino también la exigencia de fundar la validez del ordenamiento nos lleva a exigir la norma fundamental, la cual es, asimismo, el fundamento de validez y el principio unificador de las normas de un ordenamiento. Y como un ordenamiento presupone la existencia de un criterio para establecer la pertenencia de las partes al todo y un principio que las unifique, no podrá existir ordenamiento sin norma fundamental.

Una teoría coherente del ordenamiento jurídico no puede estar disociada de la teoría de la norma fundamental. Al respecto cualquiera podría preguntar: ¿Y, en qué se fundamenta la norma fundamental? Gran parte de la dificultad para admitir la existencia de la norma fundamental se deriva de la objeción que se formulan con esta pregunta.

Hemos dicho varias veces que la norma fundamental es un presupuesto del ordenamiento, pues ella cumple, en un sistema normativo, la misma función que cumplen los postulados en un sistema científico. Los postulados son las proposiciones primarias de las cuales se deducen otras, sin que a su vez sean deducibles. Los postulados se establecen, o por convención o por una supuesta evidencia suya. Lo mismo se puede decir de la norma fundamental: esta es una convención o, si se quiere, una proposición evidente que se coloca en el vértice del sistema porque con ella se pueden relacionar todas las otras normas. A la pregunta ¿en qué se fundamenta esta norma?, se debe responder que la norma fundamental no tiene ningún fundamento, porque si lo tuviera dejaría de ser la norma fundamental, ya que habría una norma superior de la cual dependería. Quedaría entonces planteado el problema de esta nueva norma, problema que solo podría ser resuelto acudiendo a otra norma, o bien aceptando la nueva norma como postulado. Todo sistema tiene un origen. El preguntarse qué se encuentra detrás de este comienzo es un problema estéril. La única respuesta que se puede dar a quien desee saber cuál es el fundamento del fundamento, es que para saberlo se necesita salir del sistema. Por lo tanto, en lo que respecta al fundamento de la norma fundamental se puede decir que se sí trata de un problema, no en sentido jurídico, es decir, es un problema cuya solución debe buscarse fuera del sistema jurídico, o sea, del sistema cuyo fundamento exige la norma fundamental.

Con el problema del fundamento de la norma fundamental salimos de la teoría del derecho positivo, a la cual nos hemos referido hasta ahora, y entramos en la discusión secular en torno al fundamento, o mejor a la justificación, en sentido absoluto, del poder. Podemos concebir las teorías tradicionales sobre el fundamento del poder como tentativas de respuesta a la pregunta, ¿cúal es el fundamento de la norma fundamental de un ordenamiento jurídico positivo? La respuesta a esta pregunta puede darse en cuanto se trascienda el ordenamiento jurídico positivo y se tenga en consideración un ordenamiento más amplio, por ejemplo el ordenamiento cósmico, o el género humano, del cual el ordenamiento jurídico ha sido considerado una parte; en otras palabras, llevando a cabo la operación de insertar un sistema dado, en nuestro caso el sistema jurídico, en un sistema más vasto. Presentamos aquí, a manera de explicación de lo que estamos diciendo, algunas famosas respuestas dadas al problema del fundamento último del poder, teniendo presente que cada una de estas respuestas puede ser concebida como la formulación de una norma superior a la nor-

ma fundamental, en la cual nos hemos detenido, como el descubrimiento de un poder superior al poder constituyente, es decir, de un poder que es la *verdadera fuente última* de todo poder.

a) Todo poder viene de Dios (*omnis potestas nisi a Deo*). Esta doctrina integra la norma fundamental de un ordenamiento jurídico al afirmar que el deber de obedecer al poder constituyente se deriva del hecho de que este poder (como todo poder soberano) proviene de Dios, o sea, que ha sido autorizado por Dios para dictar normas jurídicas válidas. Lo que significa que a la pirámide del ordenamiento es necesario agregarle un grado superior al representado por el poder normativo de los órganos constitucionales, y este grado superior es el poder normativo divino. El legislador ordinario es un delegado del legislador constituyente; el legislador constituyente es un delegado de Dios. La norma fundamental en este caso hace de Dios la autoridad capaz de dictar normas obligatorias para todos los hombres, y al mismo tiempo ordena a todos los hombres obedecer los mandatos de Dios.

b) El deber de obedecer al poder constituido se deriva de la *ley natural*. Por ley natural se entiende una ley que no ha sido dictada por una autoridad histórica, sino que ha sido revelada al hombre por medio de la razón. La definición más frecuente de derecho natural es *dictamen rectae rationis*. Para justificar el derecho positivo, la teoría jusnaturalista propone otro derecho, superior al derecho positivo, que no proviene de la voluntad de este o de aquel hombre, sino de la razón misma, que es común a todos los hombres. Algunas corrientes jusnaturalistas sostienen que uno de los preceptos fundamentales de la razón, y por tanto de la ley natural, es la necesidad de obedecer a los gobernantes (es la denominada teoría de la obediencia). Para quienes sostienen esta teoría, la norma fundamental de un ordenamiento positivo se funda en una ley natural que ordena obedecer a la razón, la cual, a su vez, ordena obedecer a los gobernantes.

c) El deber de obedecer al poder constituido se deriva de una *convención originaria*, en la cual el poder tiene su propia justificación. A lo largo de todo el curso del pensamiento político, desde la Antigüedad hasta la Edad Moderna, el fundamento del poder se ha encontrado frecuentemente en el denominado *contrato social*, que consiste en un acuerdo originario entre quienes se encuentran reunidos en sociedad o bien entre los miembros de una sociedad y aquellos a quienes se les ha confiado el poder. Según esta doctrina, el poder constituido obtiene su legitimidad, no ya del hecho de derivarse de Dios o de la naturaleza, sino de un acuerdo de voluntades que le ha dado vida. Aquí

la voluntad colectiva tiene la misma función de Dios en las doctrinas teológicas, y de la razón en las teorías jusnaturalistas, es decir, tiene por función representar, un grado ulterior, más allá de la norma fundamental de un ordenamiento jurídico positivo, aquel grado supremo que permite responder a la pregunta en torno al fundamento del fundamento. Pero esta respuesta, no obstante sus apariencias, no es más realista que las anteriores, y como las precedentes desplaza el problema de la existencia del ordenamiento jurídico a su justificación.

63. Derecho y fuerza

Además de la objeción sobre el fundamento de la norma fundamental, la teoría de la norma fundamental es objeto de otra crítica muy frecuente, que no tiene ya en cuenta el hecho de que exista una norma fundamental sino su contenido. La norma fundamental establece así, como lo hemos presupuesto aquí, que es preciso obedecerse al poder originario (que es el mismo poder constituyente). Pero, ¿qué es el poder originario? Es el conjunto de las fuerzas políticas que en determinado momento histórico se imponen e instauran un nuevo ordenamiento jurídico. Se objetará entonces que hacer depender todo el sistema normativo del poder originario significa *reducir el derecho a la fuerza*.

A las relaciones entre derecho y fuerza nos hemos referido brevemente cuando tratamos lo relativo a la teoría de la norma jurídica (*supra*, págs. 111, 116-117). Aquí trataremos de desarrollar estos conceptos en relación con la presente discusión. En primer lugar no debe confundirse el *poder* con la *fuerza* (en particular con la fuerza física).

Al hablar del poder originario nos referimos a las fuerzas políticas que han instaurado un determinado ordenamiento jurídico, sin importar que tal instauración se haya obtenido mediante el ejercicio de la fuerza física, pues ello no está en absoluto implícito en el concepto de poder. Por otra parte, es perfectamente posible imaginar un poder que descanse exclusivamente en el consentimiento. Como ya lo advertimos, todo poder originario reposa un poco en la fuerza y otro poco en el consentimiento. Cuando la norma fundamental dice que se debe obedecer al poder originario, esto no se debe interpretar de ningún modo en el sentido de sometimiento a la violencia, sino en el sentido de sometimiento a quien tiene el poder coercitivo. Pero este poder coercitivo muy bien puede adquirirse por consenso general. Los titulares del poder son aquellos que tienen la fuerza necesaria para hacer respetar la norma que han prescrito. En este sentido la fuerza es un instrumento necesario del

poder, mas no su fundamento. La fuerza es necesaria para ejercer el poder mas no para justificarlo.

Diciendo que el derecho se fundamenta en última instancia en el poder, y entendiendo por poder el poder coercitivo, esto es, el poder para hacer respetar, aun recurriendo a la fuerza, las normas dictadas, no decimos nada distinto de lo que hemos afirmado reiteradamente con relación al derecho como conjunto de reglas con eficacia reforzada. Si el derecho es un conjunto de reglas con eficacia reforzada, ello significa que un ordenamiento jurídico es inconcebible sin el ejercicio de la fuerza, o sea, sin un poder. Considerar el poder como el fundamento último de un ordenamiento jurídico positivo, no significa reducir el derecho a la fuerza, sino simplemente reconocer que la fuerza es necesaria para la realización del derecho. Y esto no es otra cosa que la confirmación del concepto de derecho como ordenamiento con eficacia reforzada.

Si la fuerza es necesaria para la realización del derecho, entonces existe un ordenamiento jurídico (o sea que corresponde a la definición que hemos dado del derecho) solo en la medida en que este se haga valer por la fuerza; en otras palabras, un ordenamiento jurídico existe mientras tenga *eficacia*. Ello implica, por tanto, una diferencia entre la norma individual y las normas del ordenamiento en conjunto. Una norma individual, como habíamos aclarado en el parágrafo 10 (*supra*, pág. 23), puede ser válida sin ser eficaz. Un ordenamiento jurídico, tomado en conjunto, es válido solo si es eficaz. La norma originaria, que prescribe obedecer a los titulares del poder originario, legitima el poder originario para ejercer la fuerza y, en este sentido, como el ejercicio de la fuerza para hacer respetar las normas es una característica del ordenamiento jurídico, la norma fundamental así concebida, es en verdad el fundamento del ordenamiento jurídico. Quienes temen que con la norma fundamental, como la hemos concebido aquí, se llegue a la reducción del derecho a la fuerza, se preocupan no tanto por el derecho sino por la justicia. Pero esta preocupación está fuera de lugar. La definición de derecho que acogemos aquí, no coincide con la de justicia. La norma fundamental constituye el fundamento del derecho tal cual es (el derecho positivo), y no del derecho como debería ser (el derecho justo). La norma fundamental autoriza a quienes tienen el poder para ejercer la fuerza, pero no dice que el uso de la fuerza sea justo, por el solo hecho de provenir del poder originario; constituye una legitimación jurídica y no moral del poder. El derecho es, así, la expresión de los más fuertes y no de los más justos, y será tanto mejor en cuanto los más fuertes sean también los más justos.

Hay otro modo de entender las relaciones entre derecho y fuerza, que fue defendido recientemente por ROSS, pero cuya paternidad corresponde sobre todo a KELSEN. Para decirlo brevemente, hasta aquí hemos soste-

nido que la fuerza es un *instrumento* para la realización del derecho (entendido en sentido amplio, como ordenamiento jurídico). La teoría enunciada por KELSEN y defendida por ROSS, sostiene, por el contrario, que la fuerza es el objeto de la reglamentación jurídica, o sea que por derecho se debe entender, no ya un conjunto de normas que se hacen valer por la fuerza, sino un complejo de normas que regulan el ejercicio de la fuerza en una determinada sociedad. Cuando KELSEN dice que el derecho es un ordenamiento coercitivo, quiere dar a entender que está compuesto de normas que regulan la coacción, esto es, que disponen el modo como se deben aplicar ciertas sanciones. Textualmente: "Una regla es una regla jurídica no porque su eficacia esté asegurada por otra regla que dispone una sanción; *una regla es una regla jurídica porque dispone una sanción*. El problema de la coerción no es el de asegurar la eficacia de la regla, sino *el problema del contenido de las reglas*"[1]. En igual forma, dice ROSS explícitamente: "Debemos insistir en el hecho de que la relación entre las normas jurídicas y la fuerza consiste en que aquellas se refieren a la aplicación de la fuerza y no ya que son protegidas por medio de la fuerza"[2]. Y aún más: "Un sistema jurídico nacional es un conjunto de normas que se refieren al ejercicio de la fuerza física"[3].

Para mí es claro que este modo de entender el derecho, que desplaza la fuerza de su condición de instrumento a la de objeto de la reglamentación jurídica, se encuentra en estrecha conexión con la teoría que considera como normas jurídicas solamente a las normas secundarias, o sea, a las normas que tienen por destinatarios los órganos judiciales. No es casual que KELSEN hubiese llevado hasta sus últimas consecuencias la tesis de que solo son normas jurídicas las secundarias, hasta el punto de denominarlas "primarias". En efecto, las normas secundarias pueden definirse como aquellas que regulan el modo y la medida con qué aplicar las sanciones, y dado que la sanción es, en última instancia, un acto de fuerza, las normas secundarias, al regular la aplicación de las sanciones, regulan en realidad el ejercicio de la fuerza. Si esto es verdad, y así lo confirma KELSEN, ya sea que se defina el derecho como reglamentación de la fuerza, ya sea que se identifique la norma jurídica con la norma secundaria, la refutación a este modo de entender las relaciones entre derecho y fuerza se puede hacer con los mismos argumentos con los que hemos tratado de refutar la teoría que considera la norma secundaria como la única norma jurídica (*supra*, págs. 81 y 82).

[1] KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, edición italiana, Milano, 1952, págs. 28 y 29.

[2] A. ROSS, *On Law and Justice*, London, 1958, pág. 53.

[3] Ibidem, pág. 52.

Aquí, al tratar sobre la teoría del ordenamiento jurídico, podemos añadir otros argumentos. La definición del derecho como conjunto de reglas para el ejercicio de la fuerza, es una definición que nosotros podemos clasificar entre las definiciones referidas al contenido. Pero esta es una definición en extremo limitativa. Si consideramos las normas individuales de un ordenamiento, esta limitación de la definición salta en seguida a la vista, dado que también denominamos normas jurídicas a aquellas que dicen a los ciudadanos en qué modo es obligatorio, prohibido o lícito comportarse. Como varias veces lo hemos dicho, la juridicidad de una norma se determina, no por medio de su contenido (y ni siquiera a través de la forma o el fin), sino simplemente por su pertenencia al ordenamiento, pertenencia que se determina a su vez remontándose desde la norma inferior a la superior, hasta llegar a la norma fundamental. Si consideramos el ordenamiento jurídico en su conjunto, ciertamente es lícito decir que un ordenamiento se torna jurídico cuando se dan reglas para el uso de la fuerza (se pasa de la fase del uso indiscriminado a la fase del uso limitado y controlado de la fuerza); pero, por otro lado, no es lícito decir que a consecuencia de esto un ordenamiento jurídico es un conjunto de reglas para el ejercicio de la fuerza. Las reglas para el ejercicio de la fuerza corresponden en un ordenamiento jurídico al conjunto de reglas que sirven para organizar las sanciones y, por consiguiente, para dar más eficacia a las normas de conducta y al ordenamiento mismo en su totalidad. La finalidad de cualquier legislador no es organizar la fuerza sino organizar la sociedad mediante la fuerza. Las definiciones de KELSEN y de ROSS son limitativas aun respecto del ordenamiento jurídico tomado en su conjunto, porque confunden la parte con el todo, el instrumento con el fin.

Capítulo III

COHERENCIA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

64. El ordenamiento jurídico como sistema

En el capítulo anterior hablamos de la *unidad* del ordenamiento jurídico y demostramos que se puede hablar de unidad en cuanto en la base del ordenamiento se presuponga una norma fundamental a la cual se pueden hacer remontar, directa o indirectamente, todas sus normas. El problema ulterior que se presenta es si un ordenamiento jurídico, además de una unidad, constituye también un *sistema*, en una palabra, si es una *unidad sistemática*. Entendemos por "sistema" una *totalidad ordenada*, o sea, un conjunto de entes, entre los cuales existe cierto orden. Para poder hablar de orden es necesario que los entes constitutivos no estén tan solo en relación con el todo, sino que estén también en relación de coherencia entre sí. Ahora bien, cuando preguntamos si un ordenamiento jurídico constituye un sistema, nos preguntamos si las normas que lo componen están en relación de coherencia entre sí, y en qué condiciones es posible esta relación.

El problema del sistema jurídico ha sido hasta ahora poco estudiado. Juristas y filósofos del derecho hablan en general del derecho como de un sistema, pero no está muy claro en qué consiste este sistema. Podemos comenzar aquí con el análisis del concepto de sistema hecho por Kelsen, quien distingue en los ordenamientos normativos dos tipos de sistemas, uno que denomina *estático*, y otro *dinámico*. Por sistema estático Kelsen entiende aquel en el que las normas están relacionadas entre sí como las proposiciones en un sistema deductivo, es decir por el hecho de que unas se deducen de las otras, partiendo de una o más normas originarias de carácter general, que tienen la misma función que los postulados y axiomas en un sistema científico. Demos un ejemplo: Hobbes propone como fundamento de su teoría del derecho y del Estado la máxima *pax est quarenda*, y con esto quiere dar a entender que el postulado ético fundamental del hombre consiste en evitar la guerra y buscar la paz; de esta regla fundamental deduce

o pretende deducir todas las reglas principales de la conducta humana, que él llama leyes naturales. Es claro, por tanto, que todas estas leyes forman un sistema en cuanto se deducen de la primera. Tal construcción sistemática de un conjunto de normas es lo que KELSEN denomina "sistema estático". Se puede decir, en otras palabras, que en un sistema de este género las normas están relacionadas entre sí por razón de su *contenido*.

Sistema dinámico, en cambio, es aquel en el que las normas que lo componen se derivan unas de otras a través de una delegación sucesiva de poder, o sea, no por medio de su contenido sino de la *autoridad* que las ha creado: una autoridad inferior se deriva de una autoridad superior hasta llegar a la autoridad suprema que no tiene ninguna otra autoridad sobre sí. En otras palabras, se puede decir que en este tipo de ordenamiento normativo la vinculación entre las diferentes normas no es material sino *formal*. Un ejemplo de sistema dinámico sería aquel que pone en el vértice del ordenamiento la máxima "es necesario obedecer la voluntad de Dios". En este caso la pertenencia de otras normas al sistema no estaría determinada por su contenido, o sea por establecer cierta conducta en lugar de otra, sino por el hecho de que por el paso de una autoridad a otra se llegue a la autoridad divina.

La distinción entre los dos tipos de vinculación entre normas, es decir la material y la formal, se puede comprobar en la práctica diaria cuando encontrándonos ante el deber de justificar un mandato (la justificación se hace insertándolo en un sistema), nos hallamos ante dos caminos: o lo justificamos deduciéndolo de un mandato de alcance más general, o también atribuyéndolo a una autoridad indiscutible. Por ejemplo, un padre le ordena al hijo hacer la tarea y este pregunta por qué. Si el padre responde, "porque debes aprender", la justificación tiende a la construcción de un sistema estático; si responde, "porque debes obedecer a tu padre", la justificación tiende a la construcción de un sistema dinámico. Supongamos que el hijo, no satisfecho, desee una justificación ulterior. En el primer caso dirá: ¿Por qué debo aprender? La construcción del sistema estático llevará a una respuesta de este género: "Porque debes aprobar el curso". En el segundo caso preguntará: ¿Por qué debo obedecer a mi padre? La construcción del sistema dinámico conducirá a una respuesta de este género: "Porque las leyes del Estado autorizan a tu padre para mandar". Si observamos bien, los dos tipos de correlación para pasar de una norma a la otra difieren porque en el primer caso este paso se lleva a cabo a través del contenido de la prescripción y, en el segundo, mediante la autoridad que la impuso.

Hecha esta distinción, KELSEN sostiene que los ordenamientos jurídicos son sistemas del segundo tipo, esto es, son sistemas dinámicos. Sistemas

estáticos serían, en cambio, los ordenamientos morales. Aparece así otro criterio para distinguir entre derecho y moral. El ordenamiento jurídico es un ordenamiento en el cual la pertenencia de las normas está determinada con base en un criterio meramente formal, o sea, independiente del contenido; en el ordenamiento moral el criterio de pertenencia de las normas al sistema se funda en lo que las normas prescriben (y no en la autoridad de la cual se derivan). Pero si esto es así, es difícil hablar de ordenamiento jurídico como un *sistema*, o sea, denominar "sistema" al sistema de tipo dinámico con la misma propiedad con la que se habla en general de sistema como totalidad ordenada y, en particular, de sistema estático.

¿Qué orden podría haber entre las normas de un ordenamiento jurídico, si el criterio de pertenencia es puramente formal, o sea, si se refiere, no a la conducta que regula, sino al modo como ha sido impuesta? ¿La autoridad delegada puede dictar cualquier norma? Y si puede dictar cualquier norma, ¿puede dictar también una norma contraria a la producida por otra autoridad delegada? Pero, ¿podemos seguir hablando de sistema, de orden, de totalidad ordenada en un conjunto de normas en el cual dos normas contradictorias son ambas legítimas? En un ordenamiento jurídico complejo, al que nos hemos referido constantemente, caracterizado por la pluralidad de las fuentes, no hay duda que puede haber normas que provengan de una fuente o de otra. Ahora bien, si definimos el sistema dinámico como aquel sistema en el cual el criterio de pertenencia de las normas es puramente formal, se debe concluir que en un sistema dinámico dos normas contrarias son perfectamente legítimas. En efecto, para juzgar la contradicción entre dos normas es necesario examinar su contenido; no basta referirse a la autoridad que las ha dictado. Pero, ¿un ordenamiento que admite en su seno entes contrarios entre sí se podría seguir llamando "sistema"? Como se observa, es obvio que un ordenamiento jurídico constituye un sistema, sobre todo si se parte de identificar el ordenamiento jurídico como un sistema dinámico. O, por lo menos, es necesario precisar, si se desea continuar hablando de sistema normativo en relación con el derecho, en qué sentido, bajo qué condiciones y dentro de qué límites podemos hacerlo.

65. Tres significados de sistema

En el lenguaje jurídico corriente es común el uso del término *sistema* para referirse al ordenamiento jurídico. Nosotros mismos, en el capítulo anterior, usamos algunas veces la expresión *sistema normati-*

vo en lugar de *ordenamiento jurídico* que es más común. Pero el significado exacto de la palabra "sistema", referida al ordenamiento jurídico, no es muy claro. Tomemos al azar, dos de los más conocidos autores italianos: DEL VECCHIO y PERASSI. En el ensayo de DEL VECCHIO, *Sulla statualità del diritto*, leemos este párrafo: "Las proposiciones jurídicas particulares, aunque pueden por sí mismas considerarse en su abstracción, tienden naturalmente a constituirse en sistema. La necesidad de coherencia lógica lleva a que se acerquen aquellas que son compatibles o respectivamente complementarias, y a que se rechacen las contradictorias o incompatibles. La voluntad, que es una lógica viviente, no puede manifestarse, aun en el campo del derecho, sino vinculando sus afirmaciones, de modo que queden reducidas a un todo armónico"[1]. PERASSI, en su *Introduzione alle scienze giuridiche*, afirma: "Las normas que hacen parte de un ordenamiento no están aisladas, sino que hacen parte de un sistema, en cuanto ciertos principios actúan como vinculaciones, por lo cual las normas se mantienen en conjunto, de manera tal que constituyen un bloque sistemático"[2].

Si de las declaraciones programáticas pasamos al ejercicio de la actividad del jurista, nos encontramos frente a otra prueba de la tendencia constante de la jurisprudencia a considerar el derecho como sistema; la más difundida, entre las varias formas de interpretación, es la denominada *interpretación sistemática*. Se entiende por "interpretación sistemática" aquella que basa sus argumentos en el presupuesto de que las normas de un ordenamiento o, más exactamente, de una parte del ordenamiento (como el derecho privado, el derecho penal) constituyen una totalidad ordenada (aunque después se deje un poco en el vacío qué se debe entender con esta expresión), y que, por tanto, es lícito aclarar una norma oscura o integrar una norma deficiente, recurriendo al llamado "espíritu del sistema"*, yendo aun en contra de lo que resultaría de una interpretación meramente literal. Podemos dar otro ejemplo: recordemos que el artículo 265 del Código Civil italiano solo acepta la violencia (y no el error) como vicio en el reconocimiento del hijo natural. Un intérprete, que, considera necesario acoger el error entre los vicios del reconocimiento del hijo natural, en contra de la

[1] El ensayo, que data de 1928, se encuentra publicado en *Studi sul diritto*, vol. I, 1958, págs. 89-115. El párrafo citado está en la pág. 97.

[2] T. PERASSI, *Introduzione alle science giuridiche*, cit., 1953, pág. 32.

* N. T. El art. 30 del C. C. colombiano (Título Preliminar) prevé al respecto: "El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía.

"Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto".

letra de la ley, tuvo que apelar a la denominada voluntad objetiva de la ley, o sea a "aquel mandato que, por estar fundado en la lógica del sistema en su conjunto, puede ser realmente vinculante para el intérprete"[3]. Por lo tanto, es un presupuesto de la actividad interpretativa e instrumento del oficio del jurista, aceptar que el ordenamiento jurídico, o al menos una parte de este, constituye un sistema.

Pero que exista un sistema normativo no quiere decir que se sepa exactamente qué tipo de sistema es. El término "sistema" tiene muchos significados, que cada cual utiliza de acuerdo con su propia conveniencia. Del uso que se le ha dado históricamente en la filosofía del derecho y en la jurisprudencia, me parece que emergen tres diferentes significados de sistema. Un primer significado es aquel que está más próximo al significado de "sistema" en la expresión "sistema deductivo" o, más exactamente, se ha recalcado sobre este. En este sentido se dice que determinado ordenamiento es un sistema en cuanto todas las normas jurídicas del ordenamiento se derivan de algunos principios generales (dicho de otra manera "principios generales del derecho") considerados del mismo modo que los postulados de un sistema científico. Esta acepción es bastante comprometedora, como se puede ver, por cuanto el término sistema está ligado históricamente y de manera exclusiva al ordenamiento del derecho natural. Una de las más constantes pretensiones de los jusnaturalistas modernos, pertenecientes a la escuela racionalista, ha sido la de construir el derecho natural como un sistema deductivo. Y como el ejemplo clásico del sistema deductivo era la geometría de Euclides, la pretensión de los jusnaturalistas se convertía en la tentativa (sin duda desesperada) de elaborar un sistema jurídico geométrico *more demostratum*. Citemos un pasaje muy significativo de LEIBNIZ: "De cualquier definición se pueden sacar consecuencias seguras, empleando las incontestables reglas de la lógica. Esto es precisamente lo que se hace cuando se construyen las ciencias necesarias y demostrativas, que no dependen de los hechos, sino únicamente de la razón, como son la lógica, la metafísica, la aritmética, la geometría, la ciencia del movimiento, así como la *ciencia del derecho*, las cuales no se fundamentan en la experiencia ni en los hechos, sino que más bien dan razón de los hechos y los regulan anticipadamente: lo que valdría, para el derecho, aun cuando no existiese en el mundo ni siquiera una ley"[4]. Y en otro lugar: "La teoría del derecho es de

[3] F. SALVI, *L'errore nell' accertamento della filiazione naturale*, en "Riv. trim. de dir. e proc. civ.", VI (1952), pág. 24.

[4] LEIBNIZ, "Riflessioni sulla nozione di giustizia", en *Scritti politici e di diritto naturale*, Torino, Utet, 1951, pág. 219.

la clase de aquellas teorías que no dependen de los experimentos sino de las definiciones; no de aquello que demuestran los sentidos sino de lo que demuestra la razón"[5].

Un segundo significado de sistema, que no tiene nada que ver con lo anterior, lo encontramos en la ciencia moderna del derecho que nace, al menos en el continente, de la pandectística alemana, y que se remonta hasta SAVIGNY, autor, no por casualidad, del célebre *Sistema del derecho romano actual*. Y es frecuente entre los juristas la opinión de que la ciencia jurídica moderna nació con el paso de la jurisprudencia exegética a la *jurisprudencia sistemática*, o, en otras palabras, cuando la jurisprudencia se elevó al rango de ciencia tornándose "sistemática". Parece que se desea decir que la jurisprudencia, hasta que no llega al sistema, no merece el nombre de ciencia, sino solamente el de arte, hermenéutica, técnica, comentarios a los textos legislativos. Muchos tratados jurídicos se intitulan *Sistema*, evidentemente para indicar que se trata de un estudio científico. ¿Qué significa "sistema" en esta acepción? Los juristas no creen que sea correcto afirmar que la jurisprudencia consiste en la deducción de todo el derecho de algunos principios generales, como deseaba LEIBNIZ. Aquí el término "sistema" se usa, al contrario, para indicar un ordenamiento de la materia, por medio de un procedimiento inductivo, o sea, partiendo del contenido de las normas particulares con el fin de construir conceptos siempre más generales, y clasificaciones o divisiones de toda la materia; la consecuencia de estas operaciones sería el ordenamiento del material jurídico, de la misma manera que las laboriosas clasificaciones del zoólogo le dan en ordenamiento al reino animal.

En la expresión "jurisprudencia sistemática" se usa la palabra "sistema" no en el sentido de la ciencia deductiva, sino en el de las ciencias empíricas o naturales, o sea, como ordenamiento desde abajo, del mismo modo que se habla de una zoología sistemática. El procedimiento típico de esta clase de sistema no es la deducción sino la *clasificación*. Su fin no es ya desarrollar analíticamente, mediante reglas preestablecidas, algunos postulados iniciales, sino reunir los datos provenientes de la experiencia, con base en las semejanzas, para formar conceptos cada vez más generales hasta llegar a conceptos generalísimos que permitan unificar todo el material dado. Así nos damos perfectamente cuenta del significado de sistema como ordenamiento desde abajo, propio de la jurisprudencia sistemática, si tenemos presente que una de las mayores conquistas de que más se jacta esta jurisprudencia ha sido la teoría del negocio jurídico. El concepto de negocio jurídico es manifiestamente el resultado de un esfuerzo constructivo y sistemático en el sentido del sistema empírico que or-

[5] LEIBNIZ, *Elementi di diritto naturale*, ed. cit., pág. 87.

dena generalizando y clasificando. Este concepto surgió de la reunión de varios fenómenos, quizás aparentemente lejanos, que sin embargo tenían la característica común de ser manifestaciones de voluntad con consecuencias jurídicas. El concepto más general, elaborado por la jurisprudencia sistemática, es muy probablemente el de la relación jurídica que es un concepto que permite reducir todos los fenómenos jurídicos a un esquema único, favoreciendo así la construcción de un sistema en el sentido de sistema empírico o inductivo. El concepto de relación jurídica es el concepto sistemático por excelencia de la ciencia jurídica moderna. Pero es claro que su función no es la de dirigir un proceso de deducción sino la de permitir un mayor ordenamiento de la materia.

El tercer significado de sistema jurídico es indudablemente el más interesante, y en él nos detendremos en este capítulo. Se dice que un ordenamiento jurídico constituye un sistema porque en él no pueden coexistir *normas incompatibles*. Aquí, "sistema" equivale a validez del principio que excluye la *incompatibilidad* de las normas. Si en un ordenamiento existieren dos normas incompatibles, una de las dos, o ambas, deben ser eliminadas. Si esto es verdad, quiere decir que las normas de un ordenamiento tienen cierta relación entre sí, y que esta relación es una relación de compatibilidad, que implica la exclusión de la incompatibilidad. Adviértase, sin embargo, que decir que las normas deben ser compatibles no significa que se ensamblen la una con la otra, es decir, que constituyan un sistema deductivo perfecto.

En este tercer sentido de sistema, el sistema jurídico no es un sistema deductivo, como en el primer caso; si se quiere es un sistema en un sentido menos comprometedor, en un sentido negativo, o sea de un orden que excluye la incompatibilidad de sus partes individuales. Dos proposiciones como: "La pizarra es negra" y "El café es amargo" son compatibles, pero sin que se impliquen mutuamente. Por tanto es inexacto hablar, como se hace muy frecuentemente, de *coherencia* del ordenamiento jurídico en su conjunto; se puede hablar de exigencia de coherencia solo entre las partes individuales de este. Si en un sistema deductivo aparece una contradicción, todo el sistema se derrumba. En un sistema jurídico la admisión del principio que excluye la incompatibilidad tiene como consecuencia, en caso de incompatibilidad de dos normas, la caída, no ya de todo el sistema, sino solo de una de las dos normas o a lo sumo de ambas.

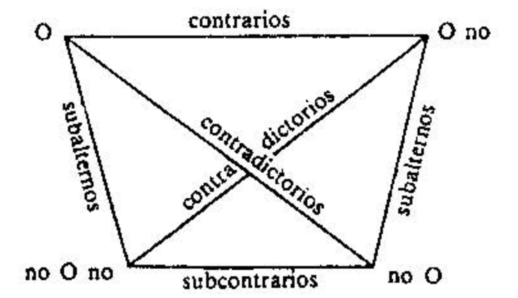
Por otra parte, confrontado con un sistema deductivo el sistema jurídico es algo menos, y confrontado con un sistema dinámico, del cual hemos hablado en el parágrafo precedente, es algo más; en efecto, si se admite el principio de compatibilidad, para considerar la pertenencia de una norma al sistema, no bastará demostrar simplemente su derivación de una de las fuentes autorizadas, sino que será necesario

demostrar que esta no es incompatible con otras normas. En este sentido, no todas las normas producidas por las fuentes autorizadas serían normas válidas, sino solo aquellas que fuesen compatibles con las demás. Se trata de ver, por otra parte, si este principio que excluye la compatibilidad, existe y cuál es su función.

66. Las antinomias

La situación de las normas incompatibles entre sí es una dificultad tradicional, a la cual se han enfrentado los juristas de todos los tiempos, y tiene una denominación propia característica: *antinomia*. La tesis según la cual el ordenamiento jurídico constituye un sistema en el tercer sentido ya explicado, se puede expresar también diciendo que *el derecho no admite antinomias*. En nuestra tradición romanista el problema de la antinomia fue planteado con gran claridad en las dos célebres constituciones de Justiniano, con las cuales se abre el *Digesto*; allí Justiniano afirma imperiosamente que en el *Digesto* no existen normas incompatibles y usa la palabra *antinomia*. "*Nulla itaque in omnibus praedicti codicis membris* antinomia (sic enim a vetustate Graeco vocabulo noncupatur) aliquid sibi vindicet locum, sed sit una concordia, una consequentia, adversario nemine constituto" (*Deo auctore*, o *De conceptione digestorum*). Análogamente: "Contrarium autem aliquid in hoc codice positum nullum sibi locum vindicabit nec invenitur, si quis subtili animo diversitatis rationes excutiet" (*Tanta*, o *De confirmatione digestorum*). Que en el derecho romano, considerado durante muchos siglos el derecho por excelencia, no había antinomias fue principio constante para los intérpretes, al menos mientras este estuvo vigente. Uno de los fines de la interpretación jurídica era también el de eliminar las antinomias, si llegaban a presentarse, recurriendo a los más diversos medios hermenéuticos. En esta tarea de resolver las antinomias se elaboraron algunas reglas técnicas que veremos en seguida.

Pero antes hay que responder a las preguntas: ¿Cuándo se dice que dos normas son incompatibles? ¿En qué consiste una antinomia jurídica? Para aclarar estos puntos no remitimos a cuanto hemos dicho en la parte relativa a la teoría de la norma jurídica sobre las relaciones que median entre las cuatro figuras de calificación normativa, el *mandato*, la *prohibición*, el *permiso positivo* y el *permiso negativo*. Traemos a colación, por comodidad, el cuadro ilustrativo de estas relaciones, ya expuesto en la primera parte (*supra*, pág. 135).



Este cuadro representa seis (6) relaciones, vale decir:

1. O - O no: relación entre obligatorio y prohibido;
2. O no O: relación entre obligatorio y permiso negativo;
3. O no - no O no: relación entre prohibición y permiso positivo;
4. O - no O no: relación entre obligatorio y permiso positivo;
5. O no - no O: relación entre prohibido y permiso negativo, y
6. no O no - no O: relación entre permiso positivo y permiso negativo.

Si definimos como incompatibles dos proposiciones (en nuestro caso dos normas) *que no pueden ser al mismo tiempo verdaderas*, de las seis relaciones indicadas tres son de compatibilidad y tres de incompatibilidad. Son relaciones de incompatibilidad las tres primeras y de compatibilidad las tres últimas. En efecto:

1. O y O no son dos contrarios, y dos contrarios pueden ser ambos falsos (F), pero no pueden ser ambos verdaderos (V).

O	O no
V	F
F	V o F

2. O y no O son dos contradictorios, y dos contradictorios no pueden ser al mismo tiempo ni verdaderos ni falsos.

O	no O
V	F
F	V

3. O no y no O no son también dos contradictorios, y vale para ellos la regla anterior.

O no	no O no
V	F
F	V

4. O y no O no son dos subalternos, entre los cuales existe una relación de implicación, en el sentido de que de la verdad del primero (o subalternante) se deduce la verdad del segundo y no lo contrario, y de la falsedad del segundo (o subalternado) se deduce la falsedad del primero y no viceversa. (Si una acción es obligatoria también es necesariamente permitida, mientras que no se puede decir que una acción permitida es también obligatoria). Gráficamente, distinguiendo la relación que va de O a no O no (o relación de superimplicación) de aquella que va de no O no a O (o relación de subimplicación):

O	no O no
V	V
F	F o V

no O no	O
V	V o F
F	F

5. O no y no O son también subalternos, y valen para ellos las consideraciones del número anterior.

6. no O no y no O son subcontrarios y vale para estos la regla que considera que ambos pueden ser verdaderos y que no pueden ser ambos falsos:

no O no	no O
F	V
V	V o F

Si se observan atentamente las representaciones gráficas, resulta que en los tres primeros casos no se presenta la situación de encontrar frente a frente dos V (lo que significa que en ninguno de los tres primeros casos las dos proposiciones pueden ser a un mismo tiempo verdaderas);

por el contrario, en los tres últimos casos se pueden encontrar dos V frente a frente (lo que significa que en estos tres casos las dos proposiciones pueden ser a un mismo tiempo verdaderas). Repetimos, por tanto, que si definimos como normas incompatibles aquellas que no pueden ser al mismo tiempo verdaderas, las relaciones de incompatibilidad normativa se presentarán en estos tres casos:

1. Entre una norma que *manda* hacer alguna cosa y una norma que la *prohíbe* (contrariedad);

2. Entre una norma que *manda* hacer y otra que *permite* no hacer (contradictoriedad), y

3. Entre una norma que *prohíbe* hacer y una que *permite* hacer (contradictoriedad).

Explicamos estos tres casos con tres ejemplos[6]:

Primer caso: el art. 27 de la Constitución en el cual se lee: "La responsabilidad penal es personal" contrasta con el art. 57, párrafo 2 del C. P. que hace responsable al director del periódico, de los delitos cometidos por sus colaboradores por medio de la prensa, si se interpreta este artículo como si configurara una responsabilidad objetiva (aunque se puede interpretar de otros modos que superan la antinomia). Se trata de dos artículos dirigidos a los órganos judiciales, de los cuales el primero puede formularse de este modo: "Los jueces *no deben* condenar a nadie que no sea responsable personalmente"; el segundo en modo opuesto: "El juez *debe* condenar a quien... (en el caso específico el director del periódico), aunque no sea responsable personalmente". Ya que una norma obliga y la otra prohíbe el mismo comportamiento, se trata de dos normas incompatibles por ser contrarias.

Segundo caso: el art. 18 de la Recopilación de leyes de Policía dice: "Los promotores de una reunión en lugar público o abierto al público deben dar aviso, al menos tres días antes, al jefe superior de la policía"; y el art. 17, parágrafo 2 de la Constitución dice: "Para las reuniones, aun en lugares abiertos al público, no es necesario el preaviso". Aquí el contraste es claro: el art. 18 de la Recopilación obliga hacer aquello que el art. 17 de la Constitución permite no hacer. Se trata de dos normas incompatibles porque son contradictorias.

Tercer caso: el art. 502 del C. P. considera la huelga como un delito; el art. 40 de la Constitución dice: "El derecho de huelga se ejercerá en el ámbito de las leyes que lo regulan". O sea que la primera norma prohíbe y la segunda considera lícito, o permite hacer (pero dentro de ciertos límites). También estas dos normas son incompatibles por ser contradictorias.

[6] Tomo estos ejemplos y otras ideas del libro de G. GAVAZZI, *Delle antinomie*, Torino, Giappichelli, 1959.

67. Diversos tipos de antinomias

Hemos definido la antinomia como aquella situación en la que se encuentran dos normas, cuando una de ellas obliga y la otra prohíbe, o cuando una obliga y la otra permite, o cuando una prohíbe y la otra permite un mismo comportamiento. Pero la definición no es completa, porque para que se pueda dar una antinomia se requieren dos condiciones, que aun cuando son evidentes, deben explicarse:

1. Las dos normas deben pertenecer a un mismo ordenamiento. El problema de una antinomia entre dos normas pertenecientes a diversos ordenamientos surge cuando estos ordenamientos no son independientes entre sí, sino que están en alguna relación que puede ser de coordinación o de subordinación. Veremos mejor la naturaleza de este problema en el último capítulo dedicado precisamente a las relaciones entre los ordenamientos. Aquí basta hacer referencia a la discusión tradicional en torno a la compatibilidad de las normas de un ordenamiento positivo con las normas del derecho natural. Un verdadero problema de antinomias entre derecho positivo y derecho natural (o sea entre diversos ordenamientos) existe en la medida en que se considere el derecho positivo como ordenamiento subordinado al derecho natural; en este caso el intérprete tendrá que eliminar no solo las antinomias en el interior del ordenamiento positivo, sino también que existan entre el ordenamiento positivo y el ordenamiento natural. Hemos hablado hasta ahora del ordenamiento jurídico como sistema, pero nada excluye que el sistema resulte de la vinculación de varios ordenamientos a un ordenamiento más general. El mismo paso de una norma inferior a una norma superior, que hemos comprobado en el interior de un ordenamiento individual, puede presentarse cuando se trate del paso de un ordenamiento inferior a un ordenamiento superior hasta llegar a un ordenamiento supremo que los abarque a todos (al derecho natural le ha sido atribuida por lo general la función de esta coordinación universal de todo el derecho).

2. Las dos normas deben tener el mismo ámbito de validez. Se distinguen cuatro ámbitos de validez de una norma: *temporal*, *espacial*, *personal* y *material*. No constituyen antinomia dos normas que no coincidan respecto a la:

a) Validez temporal: "Está prohibido fumar de las cinco a las siete" no es incompatible con: "Está permitido fumar desde las siete hasta las nueve";

b) Validez espacial: "Está prohibido fumar en la sala de cine" no es incompatible con "Está permitido fumar en la sala de espera";

c) Validez personal: "Se prohíbe fumar a los menores de 18 años" no es incompatible con "Se permite fumar a los adultos";

d) Validez material: "Se prohíbe fumar cigarros" no es incompatible con "Se permite fumar cigarrillos".

Después de estas aclaraciones podemos volver a definir la antinomia jurídica como la situación en que dos normas incompatibles entre sí, que pertenecen a un mismo ordenamiento, tienen un mismo ámbito de validez. Las antinomias, definidas así, pueden, a su vez, distinguirse en tres diversos tipos, de acuerdo con la mayor o menor extensión de la contradicción entre las dos normas.

1. Si dos normas incompatibles tienen *igual* ámbito de validez, la antinomia se puede denominar, siguiendo la terminología de ROSS, quien ha puesto su atención en esta distinción[7], *total-total*: en ningún caso una de las dos normas puede aplicarse sin entrar en conflicto con la otra. Ejemplo: "Se prohíbe fumar a los adultos, de las cinco a las siete, en la sala de cine", y "está permitido fumar a los adultos de las cinco a las siete en la sala de cine". En los ejemplos dados anteriormente, es un caso de antinomia total-total la oposición entre la prohibición de la huelga y el permiso de la huelga.

2. Si dos normas incompatibles tienen un ámbito de validez en parte igual y en parte diverso, la antinomia existe solo en aquellas partes que tengan en común, y se puede denominar *parcial-parcial*: cada una de las normas tiene un campo de aplicación que está en conflicto con el de la otra, y un campo de aplicación en el cual el conflicto no existe.

Ejemplo: "Se prohíbe fumar pipa y cigarrillo a los adultos, de las cinco hasta las siete, en la sala de cine" y "se permite fumar cigarros y cigarrillos a los adultos, desde las cinco hasta las siete, en la sala de cine".

3. Si de dos normas incompatibles una tiene un ámbito de validez igual al de la otra, pero más restringido o, en otras palabras, su ámbito de validez es en parte igual y en parte diverso con relación a la otra, hay antinomia total de la primera norma respecto de la segunda, y solo parcial de la segunda respecto de la primera, lo que podemos denominar *total-parcial*. La primera norma no puede aplicarse en ningún caso sin entrar en conflicto con la segunda; la segunda tiene un ámbito de aplicación que no entra en conflicto con la primera.

Ejemplo: "Se prohíbe fumar a los adultos desde las cinco hasta las siete, en la sala de cine" y "solo se permite fumar cigarrillos a los adultos, desde las cinco hasta las siete, en la sala de cine".

Al lado del significado aquí explicado, de antinomia como una situación producida por el encuentro de dos normas incompatibles, se habla, en el lenguaje jurídico, de antinomia con referencia a otras

[7] ROSS, *op. cit.*, págs. 128 y 129.

situaciones. Nos limitamos aquí a enumerar otros significados de antinomia, haciendo presente que el problema clásico de la antinomia jurídica es el que hemos planteado aquí. Por tanto, para distinguirlas las denominaremos antinomias impropias[8].

En derecho se habla de antinomia para referirse al hecho de que un ordenamiento jurídico puede estar inspirado en valores contrapuestos (o en ideologías opuestas). Así se consideran, por ejemplo, el valor de la libertad y el de la seguridad como valores antinómicos, en el sentido de que la garantía de la libertad va generalmente en perjuicio de la seguridad, y la garantía de la seguridad tiende a restringir la libertad; por consiguiente, un ordenamiento que se inspira en ambos valores descansa sobre principios antinómicos. En este caso se puede hablar de *antinomias de principio*. Las antinomias de principio no son antinomias jurídicas propiamente dichas, pero pueden dar lugar a normas incompatibles. Es lícito suponer que una fuente de normas incompatibles puede ser la causa de que el ordenamiento esté minado de antinomias de principio.

Otra acepción de antinomia es la denominada *antinomia de valoración*, que se presenta cuando una norma castiga un delito menor con una pena más severa que la prescrita para un delito mayor. Es claro que en este caso no existe una antinomia en sentido propio, porque las dos normas, la que castiga el delito más grave con una pena menor y la que castiga el delito menos grave con una pena mayor, son perfectamente compatibles. En este caso no se debe hablar de antinomia sino de injusticia. Antinomia e injusticia tienen en común que ambas dan lugar a una situación que requiere una corrección; pero la razón para corregir la antinomia es diferente de la que se invoca para corregir la injusticia. La antinomia produce *incertidumbre*; la injusticia produce *desigualdad*, y, por tanto, en los dos casos la corrección obedece a dos valores diversos: en un caso al valor del orden y en el otro al valor de la igualdad.

Una tercera acepción de antinomia se refiere a las denominadas *antinomias teleológicas*, que se presentan cuando existe contradicción entre la norma que prescribe el medio para alcanzar el fin y la que prescribe el fin, de manera que si aplico la norma que prevé el medio no puedo lograr el fin, y viceversa. Aquí la contradicción se deriva más frecuentemente de la insuficiencia del medio; pero, entonces, se trata, más que de antinomia, de *laguna* (de la laguna hablaremos ampliamente en el capítulo cuarto).

[8] Tomo esta enumeración del extenso estudio de K. ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, 1956, págs. 158 y ss.

68. Criterios para solucionar las antinomias

Dada la tendencia de todo ordenamiento jurídico a constituirse en sistema, la presencia de antinomias en sentido propio es un defecto que el intérprete tiende a eliminar. Puesto que "antinomia" significa choque de dos proposiciones incompatibles, que no pueden ser verdaderas a un mismo tiempo y con relación a un sistema normativo, colisión de dos normas que no pueden ser aplicadas a un mismo tiempo, la eliminación de este inconveniente no podrá consistir sino en eliminar una de las dos normas (en caso de normas contrarias, también será necesario eliminar las dos). Pero, ¿cuál de las dos normas debe ser eliminada? Este es el problema más grave de la antinomia. Lo que dijimos en el parágrafo 66 hacía referencia a las reglas para establecer cuándo nos encontrabámos ante una antinomia. Pero una cosa es descubrir la antinomia y otra resolverla. Las reglas vistas hasta ahora sirven para saber que dos normas son incompatibles, pero no nos dicen nada acerca de cuál de las dos normas debe ser conservada y cuál eliminada. Es preciso entonces pasar de la *determinación* de las antinomias a su *solución*.

En el curso de su secular tarea de interpretación de las leyes, la jurisprudencia ha elaborado algunas reglas para resolver las antinomias, reglas que por lo general se aceptan. Por otra parte, es necesario agregar que estas reglas no sirven para resolver todos los casos posibles de antinomia. De aquí se deriva la necesidad de introducir una nueva distinción en el ámbito mismo de la propia antinomia, o sea la distinción entre *antinomias solubles* y *antinomias insolubles*. Dos son las razones por las cuales no todas las antinomias se pueden resolver:

1. Hay casos de antinomias a los cuales no se les puede aplicar ninguna de las reglas ideadas para la solución de las antinomias.

2. Hay casos en los cuales se pueden aplicar al mismo tiempo dos o más reglas opuestas entre sí.

A las antinomias solubles las llamamos *aparentes*, y a las insolubles, *reales*. Diremos, por lo tanto, que las antinomias reales son aquellas en las cuales el intérprete queda abandonado a sí mismo, ya sea por la ausencia de un criterio o por un conflicto entre los criterios dados; a ellas dedicaremos los siguientes parágrafos.

Tres son las reglas fundamentales para resolver las antinomias:

a) El criterio cronológico;

b) El criterio jerárquico, y

c) El criterio de la especialidad.

El criterio cronológico, denominado también de la *lex posterior*, es aquel según el cual entre dos normas incompatibles prevalece la posterior: *lex posterior derogat priori*. Este criterio no necesita un comentario particular. Es regla general del derecho que la voluntad posterior abroga la anterior, y que de dos actos de voluntad de una misma persona, es válido el último en el tiempo. Si concebimos la ley como expresión de la voluntad del legislador, no hay dificultad para aceptar esta regla. La regla contraria obstaculizaría el progreso jurídico y la gradual adaptación del derecho a las exigencias sociales. Pensemos en las consecuencias absurdas que se derivarían de la regla que ordenase atenerse a la norma precedente. De otra parte, se presume que el legislador no se propone hacer cosas inútiles o sin sentido; si la norma anterior debe prevalecer, las normas posteriores serían un acto inútil y sin finalidad. En el ordenamiento positivo italiano el principio de la *lex posterior* está claramente enunciado en el artículo 15 de las *Disposiciones preliminares**, que además prescribe como causa de abrogación la derivada de la promulgación de una ley incompatible con una ley precedente. Textualmente: "Las leyes solo pueden ser abrogadas... *por incompatibilidad entre las nuevas disposiciones y las anteriores*".

El criterio jerárquico, denominado también de la *lex superior*, es aquel según el cual de dos normas incompatibles prevalece la norma jerárquicamente superior: *lex superior derogat inferiori*. No hay dificultad para comprender la razón de este criterio después de haber visto en el capítulo precedente que las normas de un ordenamiento están colocadas en diferentes planos, o sea, que están dispuestas en orden jerárquico. Una de las consecuencias de la jerarquía normativa consiste precisamente en que las normas superiores pueden abrogar las inferiores, en tanto que las normas inferiores no pueden abrogar las superiores. La inferioridad de una norma con respecto a otra consiste en la menor fuerza de su poder normativo, que se manifiesta precisamente en la incapacidad de establecer una reglamentación que sea contraria a la reglamentación de una norma jerárquicamente superior.

En nuestro ordenamiento el principio de la jerarquía de las normas se ha expresado de varias formas. La superioridad de la norma constitucional sobre la ordinaria está sancionada en el art. 134 de la Constitución; la de las leyes ordinarias sobre los reglamentos en el

* N. T. El ordenamiento colombiano acoge este criterio en el art. 2° de la ley 153 de 1887, así: "La ley posterior prevalece sobre la ley anterior. En caso de que una ley posterior sea contraria a otra anterior, y ambas preexistentes al hecho que se juzga, se aplicará la ley posterior" y el art. 3° de la misma ley: "Estímase insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, o por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, o por existir una nueva ley que regula íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería".

artículo 4° de las Disposiciones preliminares ("Los reglamentos no pueden contener normas contrarias a las disposiciones de las leyes"); la de las leyes ordinarias sobre las disposiciones del juez, en el artículo 360 del C. de P. C. que establece los motivos de impugnación de las sentencias, entre ellos la "violación o falsa aplicación de normas de derecho"; y, por último, la superioridad de las leyes ordinarias sobre la autonomía privada, en el artículo 1343 del C. C. que considera como causa ilícita de un contrato el hecho de que este sea contrario a "normas imperativas"*.

Un problema más complejo surge en cuanto a relaciones entre ley y costumbre. En nuestro ordenamiento la costumbre es una fuente jerárquicamente inferior a la ley. En la enumeración de las fuentes que hace el artículo 1° de las Disposiciones preliminares, la costumbre ocupa el tercer lugar (después de las leyes y de los reglamentos). Del artículo 8° resulta que los usos "en las materias reguladas en las leyes y los reglamentos... tienen eficacia solo en cuanto estén previstos en esta". De considerar la costumbre como jerárquicamente inferior a la ley se deriva que de dos normas incompatibles, de las cuales una es consuetudinaria, prevalecerá la legislativa. Con una expresión más corriente se dice que la costumbre vale *secundum* y *praeter legem*, pero no vale *contra legem*. En otras palabras, en los ordenamientos en los que la costumbre es inferior a la ley, no vale la costumbre abrogativa; la ley no puede ser abrogada por una costumbre contraria. Pero este principio no vale en todos los ordenamientos. Hay algunos ordenamientos más primitivos, menos centralizados, en los cuales leyes y costumbres son fuentes

* N. T. El ordenamiento colombiano acoge el criterio jerárquico así. Art. 4° de la C. N.: "En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales...". El art. 5° de la ley 57 de 1887, título preliminar del C. C.: "Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirá aquella...".

El art. 9° de la ley 153 de 1887: "La Constitución es ley normativa y derogatoria de la legislación preexistente. Toda disposición legal anterior a la Constitución y que sea claramente contraria a su letra o a su espíritu, se desechará como insubsistente".

El art. 220 del C. de P. P. establece que en materia penal el recurso de casación procede por los siguientes motivos:

"1. Cuando la sentencia sea violatoria de una norma de derecho sustancial".

Finalmente, el C. C. A. prevé en su art. 69: "Causales de revocación. Los actos administrativos deberán ser revocados por los mismos funcionarios que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores, de oficio a solicitud de parte, en cualquiera de los siguientes casos:

"1. Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley...".

de igual grado. ¿Qué ocurre en caso de conflicto entre ley y costumbre? Evidentemente no se puede aplicar el criterio jerárquico. Se aplicará entonces el criterio cronológico, con la consecuencia de que la ley posterior abroga la costumbre anterior, y viceversa.

El derecho canónico, por ejemplo, es un ordenamiento en el que la costumbre tiene mayor fuerza que en los ordenamientos estatales modernos. El canon 27 [del Código de Derecho Canónico de 1917] trae tres casos:

1. una costumbre contraria al derecho divino y natural, *no prevalece*;

2. una costumbre contraria al derecho humano eclesiástico, *prevalece* con la condición de que sea *rationabilis* y haya tenido una duración de cuarenta años;

3. Una costumbre contraria a una ley humana eclesiástica que excluya la validez de cualquier costumbre futura, *prevalece* a condición de que haya tenido una duración centenaria, o que sea inmemorable*.

Como se ve, en el derecho canónico, se admite la costumbre abrogativa aunque dentro de ciertos límites. Como decíamos, el caso de la relación entre ley y costumbre es más complejo porque no puede tener una respuesta general, dado que algunos ordenamientos consideran la costumbre inferior a la ley, y entonces en caso de antinomia se aplica el criterio de la *lex superior*, y otros ordenamientos consideran ley y costumbre en el mismo plano, y entonces necesitan aplicar otros criterios. En general, la prevalencia de la ley es el fruto de la formación del Estado moderno con poder fuertemente concentrado. En el antiguo derecho romano, en el derecho inglés, en la sociedad medioeval, la costumbre era fuente primaria, superior a la misma ley, y, por tanto, la ley contraria a la costumbre se admitía aplicando el tercer criterio, en cuanto se consideraba como *lex specialis***.

* En el Código de 1983, véanse los cánones 24, 25 y 26.(Nota del editor)

** N. T. El ordenamiento colombiano ha dado el siguiente tratamiento a la costumbre:

En principio el art. 8° del título preliminar del C. C. establece: "La costumbre en ningún caso tiene fuerza contra la ley. No podrá alegarse el desuso para su inobservancia, ni práctica alguna, por inveterada y general que sea".

Sin embargo, el art. 13 de la ley 153 de 1887 prevé: "La costumbre, siendo general y conforme con la moral cristiana, constituye derecho a falta de legislación positiva" y el art. 3° del C. de Co.: "La costumbre mercantil tendrá la misma autoridad que la ley comercial, siempre que no la contraríe manifiesta o tácitamente y que los hechos constitutivos de la misma sean públicos, uniformes y reiterados en el lugar donde hayan de cumplirse las prestaciones o surgido las relaciones que deban regularse por ello.

"En defecto de costumbre local se tendrá en cuenta la general del pais, siempre que reúna los requisitos exigidos en el inciso anterior".

El tercer criterio, llamado precisamente el de la *lex specialis*, es aquel con base en el cual de dos normas incompatibles, la una general y la otra especial (o excepcional), prevalece la segunda: *lex specialis derogat generali*. También aquí la razón del criterio es clara, puesto que ley especial es aquella que deroga una ley más general, o sea que substrae de una norma una parte de la materia para someterla a una reglamentación diversa (contraria o contradictoria). El paso de una regla más amplia (que abarque un cierto *genus*) a una regla derogatoria menos amplia (que abarca una *species* del *genus*) corresponde a una exigencia fundamental de justicia, entendida como igual tratamiento a las personas que pertenecen a una misma categoría. El paso de la regla general a la especial corresponde a un proceso natural de diferenciación de las categorías y a un descubrimiento gradual por parte del legislador de esta diferenciación. Dada o descubierta la diferenciación, persistir en la regla general implicaría dar igual tratamiento a personas que pertenecen a categorías diversas, y, por tanto, una injusticia. En este proceso de especialización gradual, llevada a cabo mediante leyes especiales, opera una de las reglas fundamentales de la justicia, la regla del *suum cuique tribuere**.

Se comprende, pues, que la ley especial debe prevalecer sobre la general, porque aquella representa un momento que no se puede eliminar en el desarrollo de un ordenamiento. Bloquear la ley especial ante la ley general sería detener este desarrollo. En nuestro derecho este criterio de especialidad se encuentra enunciado, por ejemplo, en el art. 15 del C. P.: "Cuando varias leyes penales o varias disposiciones de una misma ley penal regulan una misma materia, la ley o disposición especial deroga la ley o la disposición general, salvo que se haya establecido de otra manera".

La situación de antinomia, creada por la relación entre una ley general y una ley especial, corresponde al tipo de antinomia *total-parcial*. Esto significa que cuando se aplica el criterio de la *lex specialis* no hay lugar a eliminar totalmente una de las dos normas incompatibles, sino solo aquella parte de la ley general que es incompatible con la ley especial. Por efecto de la ley especial, la ley general pierde vigencia *parcialmente*. Cuando

* N. T. El art. 5º de la ley 57 de 1887, del título preliminar del C. C. colombiano prevé:

"...Si en los códigos que se adoptan se hallaren algunas disposiciones incompatibles entre sí, se observarán en su aplicación las reglas siguientes:

"1. La disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general;

"2. Cuando las disposiciones tengan una misma especialidad o generalidad, y se hallen en un mismo Código, preferirá la disposición consignada en el artículo posterior; y si estuvieren en diversos códigos, preferirán por razón de estos, en el orden siguiente: Civil, de Comercio, Penal, Judicial, Administrativo, Fiscal, de Elecciones, Militar, de Policía, de Fomento, de Minas, de Beneficencia y de Instrucción Pública".

se aplica el criterio cronológico o el jerárquico, por lo general se elimina totalmente una de las dos normas. Luego, a diferencia de la relación cronológica y de la jerárquica, que no suscitan necesariamente situaciones antinómicas, la relación de especialidad es necesariamente antinómica, lo que significa que los dos primeros criterios se aplican *cuando* surge una antinomia y el tercero se aplica *porque* se presenta una antinomia.

69. Insuficiencia de los criterios

El criterio cronológico sirve cuando dos normas incompatibles son sucesivas; el criterio jerárquico sirve cuando dos normas incompatibles están en diferente nivel, y el criterio de especialidad en el conflicto de una norma general con una norma especial. Pero puede darse el caso en el cual se produce una antinomia entre dos normas: 1. *contemporáneas*; 2. *en el mismo nivel*; 3. *ambas generales*. Se comprende que en este caso los tres criterios no podrían ayudar. El caso, que es más frecuente de lo que se puede imaginar, corresponde a la situación de dos normas generales incompatibles, que se encuentren en un mismo código. Si en un Código hay antinomias del tipo *total-total* y *parcial-parcial* (con exclusión del tipo total-parcial que cae bajo el criterio de la especialidad), estas antinomias no pueden resolverse con ninguno de los tres criterios: con el cronológico no, porque las normas de un código se dictan a un mismo tiempo; tampoco con el jerárquico, por cuanto todas son leyes ordinarias, y menos con el criterio de la especialidad, porque este resuelve solo el caso de la antinomia total-parcial.

¿*Quid faciendum*? ¿Existe un cuarto criterio que permite resolver las antinomias de este tipo? Por "existe" aquí entendemos un criterio "válido", o sea, un criterio reconocido como vinculante para el intérprete, ya sea por ser razonable o por su dilatado e indiscutible uso. Debemos responder que no. El único criterio, del cual se encuentran alusiones en los antiguos tratadistas (pero que no se encuentra ya en los tratadistas modernos, aunque de todos modos se confirma en un paciente análisis de las decisiones de los magistrados), es el que venimos tratando, esto es, el de la forma de la norma.

Según la forma, las normas pueden ser, como ya hemos visto, *imperativas*[9], *prohibitivas y permisivas*. El criterio es ciertamente aplicable, porque es claro que dos normas incompatibles son diferentes en cuanto a la forma: si una es imperativa, la otra es prohibitiva o permisiva. Sin embargo, no he dicho que este criterio sea justo y que sea constantemente seguido por los juristas.

[9] Aquí entiendo "imperativo" en sentido estricto, con referencia exclusiva a los imperativos positivos.

El criterio respecto a la forma consistiría en establecer un grado de prevalencia entre las tres formas de la norma jurídica, por ejemplo de este modo: si de dos normas incompatibles una es imperativa o prohibitiva y la otra es permisiva, prevalecerá la permisiva. Este criterio parece razonable y corresponde a uno de los cánones interpretativos seguidos más frecuentemente por los juristas, esto es, el de dar prevalencia, en caso de ambigüedad o incertidumbre en la interpretación de un texto, a la interpretación *favorable* antes que a la *odiosa*.

En líneas generales, si se entiende por *lex favorabilis* aquella que concede determinada libertad (facultad o derecho subjetivo) y por *lex odiosa* aquella que impone una obligación (seguida de sanción), no hay duda que una *lex permisiva* es *favorabilis*, y una *lex imperativa* es *odiosa*. Este canon, por lo demás, es mucho menos evidente de lo que puede parecer en virtud de lo que se ha dicho, por la simple razón de que la norma jurídica es bilateral, o sea que atribuye a un mismo tiempo un derecho a una persona e impone un deber (positivo o negativo) a otra; de ello resulta que en una relación jurídica la interpretación favorable a un sujeto es al mismo tiempo odiosa para el otro sujeto, y viceversa. En otras palabras, se comprende que si se interpreta una norma en la forma más favorable para el deudor, haciendo prevalecer, en caso de ambigüedad o de conflicto, la interpretación que le reconoce cierto derecho antes que la interpretación que le impondría cierta obligación, tal interpretación sería odiosa desde el punto de vista del acreedor. De aquí se deriva la ambigüedad del canon, denunciado puesto que el verdadero problema ante el cual se encuentra el intérprete, no es el de hacer prevalecer la norma permisiva sobre la imperativa, o viceversa, sino el de establecer a cuál de los dos sujetos de la relación jurídica es más justo proteger, esto es, cuál de los dos intereses en conflicto es justo hacer prevalecer, y en esta decisión la diferencia formal entre las normas no ofrece la más mínima ayuda.

Pero en el conflicto entre dos normas incompatibles existe, respecto de la forma de la norma, otro caso: cuando una de las dos normas es imperativa y la otra es prohibitiva. Una posible solución a este caso se podría deducir de la consideración de que, mientras en el primer caso, ya explicado, se trata de un conflicto entre dos normas contradictorias respecto de las cuales *tertium non datur* (o se aplica la una o la otra), en este segundo caso se trata de un conflicto entre dos *normas contrarias* que se excluyen, alternativamente, pero que por ello no excluyen una tercera solución, en el sentido ya explicado, según el cual dos proposiciones contrarias no pueden ser ambas verdaderas, pero pueden ser ambas falsas. Ante el conflicto entre deber positivo y deber ne-

gativo, el *tertium* está permitido. Entonces, se puede tener como bien fundada la regla según la cual dos normas contrarias, o sea, una norma que obliga hacer algo y otra que prohíbe hacer lo mismo, se eliminan mutuamente y, por tanto, el comportamiento, antes de ser ordenado o prohibido, se considera permitido o lícito.

Empero, debemos reconocer que estas reglas deducidas de la forma de la norma, no tienen el carácter vinculante de las reglas deducidas de los tres criterios examinados en el parágrafo precedente. Esto significa, en otras palabras, que en caso de un conflicto en el cual no se pueda aplicar ninguno de los tres criterios, su solución se confía a la libertad del intérprete; podemos así hablar de un verdadero poder discrecional del intérprete, al cual se remite la resolución según la oportunidad, valiéndose de todas las técnicas de la hermenéutica adoptadas tras una larga y consolidada tradición de los juristas, sin limitarse a aplicar solamente una regla. Por lo tanto, decimos en general que en caso de conflicto entre dos normas, para el cual no valgan el criterio cronológico ni el jerárquico, ni tampoco el de la especialidad, el intérprete, ya sea el juez o el jurista, tiene tres posibilidades:

1. Eliminar una de las normas;
2. Eliminar las dos;
3. Conservar las dos.

En el primer caso la operación que cumple el juez o el jurista se llama *interpretación abrogante*. Pero se trata, a decir verdad, de abrogación en sentido impropio, porque si quien interpreta es el jurista, este no tiene poder normativo y, por consiguiente, no tiene ningún poder abrogativo (el jurista sugiere soluciones a los jueces y eventualmente también al legislador); si la interpretación la hace el juez, este, en general (en los ordenamientos estatales modernos) tiene el poder de no aplicar la norma que considera incompatible en el caso concreto, pero no tiene el poder de excluirla del sistema (o sea, de abrogarla). Tanto es así, que otro juez que deba juzgar el mismo caso, podría darle al conflicto de normas una solución opuesta, y aplicar precisamente aquella norma que el juez anterior había eliminado.

No es muy fácil encontrar ejemplos de interpretación abrogante. En el Código Civil italiano, por ejemplo, hay dos normas que se han considerado manifiestamente contrarias entre sí: es el caso de los arts. 1813 y 1822. El art. 1813 define el mutuo como un contrato real: "El mutuo es el contrato por el cual una parte *entrega* a la otra determinada cantidad de dinero, etc."; el art. 1822 regula la promesa de mutuo: "Quien ha prometido dar en mutuo puede rehusar el cum-

plimiento de su obligación, etc.". Pero, ¿qué significa la admisión del valor vinculante de la promesa de mutuo si no la admisión, con otro nombre, del mutuo como contrato consensual? ¿Es entonces el mutuo un contrato real, como dice claramente el primer artículo, o bien un contrato consensual, como deja entender, aun sin decirlo explícitamente, el segundo artículo? El intérprete que respondiese afirmativamente a la segunda pregunta, terminaría por considerar inexistente la primera norma, o sea que llevaría a cabo una abrogación interpretativa.

El segundo caso —eliminación de las dos normas en conflicto— puede presentarse, como hemos visto, solamente cuando la oposición entre las dos normas no sea de contradictoriedad sino de contradicción. Se podría ver un ejemplo de ello, aunque un poco forzado, en la duda que puede surgir en la interpretación del art. 602 del C. C. italiano, relacionada con la colocación de la fecha en el testamento hológrafo antes o después de la firma. Del primer inciso que dice: "El testamento hológrafo debe ser escrito íntegramente, *fechado* y suscrito por la mano del testador", se podría deducir que la fecha debe ser puesta antes de la firma. Del segundo inciso, "La firma debe ser puesta al final de las disposiciones", se podría pensar, por el contrario, que la fecha, no siendo una disposición, debe ser colocada después de la firma. Ante la duda entre la obligación y la prohibición de poner la fecha antes de la firma, el intérprete podría verse inducido a considerar alternativamente excluyentes las dos normas contrarias, y a considerar que es lícito colocar la fecha tanto antes como después de la firma. También en este caso se puede hablar de interpretación abrogante, si bien, como en el caso precedente, en modo impropio. Pero, a diferencia del caso de las dos disposiciones contradictorias de las cuales una elimina a la otra y una de las dos no puede permanecer, aquí, tratándose de dos disposiciones contrarias, *se eliminan mutuamente* y *no se conserva ninguna de las dos*. Se trata, como puede verse, de una *doble abrogación*, mientras que en el primer caso se tiene una *abrogación simple*.

La tercera solución —conservar las dos normas incompatibles —es, tal vez, a la que recurre más frecuentemente el intérprete. Pero, ¿cómo es posible conservar dos normas incompatibles, si por definición dos normas incompatibles no pueden coexistir? Ello es posible si se demuestra que las dos normas no son incompatibles, que la incompatibilidad es meramente aparente, que la presunta incompatibilidad se deriva de una mala interpretación, unilateral, incompleta o errada de una de las dos normas o de ambas. O sea que el intérprete tiende generalmente, no ya a eliminar las normas incompatibles, sino más bien a *eliminar la incompatibilidad*. A veces, para obtener este fin, el intérprete introduce alguna

modificación leve o parcial en el texto; y en este caso se tiene aquella forma de interpretación que se denomina *correctiva*. En general, por interpretación correctiva se entiende aquella forma de interpretación que pretende conciliar dos normas aparentemente incompatibles para conservarlas ambas en el sistema, o sea para evitar el remedio extremo de la abrogación.

Es claro que en la medida en que la corrección introducida modifique el texto original de la norma, también la interpretación correctiva es abrogante, si bien limitada a la parte de la norma corregida. Más que contraponer la interpretación correctiva a la abrogante, se debería considerar la primera como una forma atenuada de la segunda, en el sentido de que mientras la interpretación abrogante tiene por efecto eliminar *totalmente* una norma (o aun las dos normas), el efecto de la interpretación correctiva es eliminar *parcialmente* una norma (o ambas).

Para dar un ejemplo de esta forma de interpretación, nos referimos al caso ya explicado de la antinomia entre el art. 57 del C. P. sobre la responsabilidad (objetiva) del director del periódico y el art. 27 de la Constitución que excluye toda forma de responsabilidad que no sea personal. Hay al menos dos interpretaciones del art. 57 del C. P. que eliminan la antinomia: 1) el director del periódico está *obligado* a impedir los delitos de sus colaboradores (con base en el art. 40, inciso 2° del C. P., según el cual "el no impedir un resultado que se tiene la obligación jurídica de impedir, equivale a ocasionarlo"); si se presume este deber, la condena no depende de la circunstancia objetiva de la función de director, sino del no cumplimiento de un deber y, por consiguiente, de la valoración de una responsabilidad subjetiva; 2) el director del periódico está *obligado* a vigilar la actividad de sus colaboradores, esto es, en última instancia, a controlar todos los artículos que aparezcan en el periódico que dirige; si se presume este deber su condena puede estar justificada mediante el reconocimiento de una *culpa in vigilando*, o sea, aún más, de una responsabilidad subjetiva. Pero está claro que estas dos interpretaciones solo son posibles si se introduce una ligera modificación en el texto del art. 57 del Código Penal que dice que el director responde "por esto solo" del delito cometido. Es claro que "*por esto solo*" significa "por el solo hecho de ser director del periódico" y, por ende, independientemente de toda culpa. Es necesario, por consiguiente, eliminar el inciso "*por esto solo*" si se desea que este artículo sea compatible con la disposición pertinente de la Constitución. La *conciliación* entonces se haría por medio de una *corrección*.

Hemos dicho que esta tercera vía es la que los intérpretes siguen con más frecuencia. El jurista y el juez tienden, en cuanto les es posible, a la *conservación de las normas dadas*. Es ciertamente una regla tradicional de la interpretación jurídica que el sistema debe ser obtenido con el menor desorden, o, en otras palabras, que la exigencia del sistema no debe ir en perjuicio del principio de autoridad, según el cual las normas adquieren existencia por el solo hecho de ser promulgadas. Podemos aducir un ejemplo elocuente. MESSINEO dijo recientemente que el párrafo 1° del art. 2937, del C. C. italiano, es un rompecabezas que "somete a duras pruebas las meninges del intérprete"[10]. Según este artículo, no puede renunciar a la prescripción quien no puede disponer válidamente del *derecho*. Pero ¿de cuál derecho se habla? La prescripción extintiva a la que se refiere este artículo hace desaparecer un *deber*, no hace surgir un derecho. MESSINEO demuestra que este artículo se deriva del 2108 del C. C. de 1865, en el que, no siendo distinta la regulación de la prescripción extintiva a la de la prescripción adquisitiva (usucapión), el caso de la renuncia al derecho se refería, no ya a la primera, sino a la segunda; y en relación con la segunda es perfectamente apropiado hablar de un derecho del cual se puede disponer. Sin embargo, a pesar de la demostrada impropiedad de la dicción, nuestro autor sostiene que de todos modos el intérprete debe dar a esta un sentido, y, por tanto, observa que la palabra "derecho" se podría entender en el contexto del art. 2937 como "derecho a la liberación de la obligación". Y hace a este propósito una declaración en extremo interesante, por el valor paradigmático que tiene al ser confrontada con la actitud de respeto del intérprete en relación con el legislador: "Es estricto deber del intérprete, antes de acudir a la interpretación abrogante (que en un primer momento sería la forma de resolverla), intentar otra vía para que la norma jurídica tenga sentido. Hay un derecho a la existencia que no puede ser negado a la norma en manera alguna, desde que ha sido promulgada"[11].

70. CONFLICTO DE CRITERIOS

Hemos dicho, al comienzo del parágrafo 68 (*supra*, pág. 191) que hay antinomias insolubles y antinomias solubles, y que hay antinomias insolubles por dos razones: por la inaplicabilidad de los criterios, o bien por la

[10] F. MESSINEO, *Variazioni sul concetto di "rinunzia alla prescrizione"*, en "Riv. trim. dir. e proc. civ.", XI (1957), págs. 505 y ss.

[11] MESSINEO, *op. cit.*, pág. 516.

aplicabilidad de dos o más criterios contrarios entre sí. A la primera razón dedicamos el parágrafo precedente; a la segunda, dedicaremos el presente.

Hemos visto que tres son los criterios tradicionalmente aceptados para resolver la antinomia: el cronológico, el jerárquico y el criterio de especialidad. Ahora bien, puede acaecer que a dos normas incompatibles entre sí y que estén en una determinada relación, se les puedan aplicar a un mismo tiempo, no solo uno, sino dos o tres criterios. Para dar un ejemplo más fácil: una norma constitucional y una norma ordinaria generalmente se dictan en diferentes épocas, por lo que entre estas dos normas existe a la vez una diferencia jerárquica y una cronológica. Desde luego, como ocurre frecuentemente, la norma constitucional es general y la ordinaria es especial, y los criterios aplicables son tres. Esta situación compleja no suscita especial dificultad cuando las dos normas están dispuestas en modo tal que, cualquiera que sea el criterio que se quiera aplicar, la solución no cambia; por ejemplo, si de dos normas incompatibles una es superior y subsiguiente, y la otra inferior y antecedente, tanto el criterio jerárquico como el cronológico dan como resultado el hacer prevalecer a la primera. Lo mismo ocurre si la norma subsiguiente es especial respecto de la precedente, puesto que aquella prevalece, ya sea con base en el criterio de especialidad o con base en el criterio cronológico. Los dos criterios se suman, pero como bastaría uno solo para dar prevalencia a una de las dos normas, se dice que la norma prevalente prevalece *a fortiori*.

Pero la situación no es siempre tan simple. Supongamos un caso en que dos normas se encuentran en una relación tal que los dos criterios son aplicables, pero al aplicar un criterio se obtiene una solución opuesta a la que resultaría de aplicar el otro criterio. Es claro que en este caso no se pueden aplicar a un mismo tiempo los dos criterios. Es necesario aplicar uno con preferencia del otro. ¿Cuál? He aquí el problema. Para hacer aún más fácil el ejemplo, basta pensar en el caso de una incompatibilidad entre una norma constitucional precedente y una ordinaria posterior. En este caso son aplicables dos criterios, el jerárquico y el cronológico; pero si se aplica el primero se da prevalencia a la primera norma, y si se aplica el segundo se da prevalencia a la segunda. Los dos criterios no se pueden aplicar a un mismo tiempo porque son incompatibles. Aquí tenemos una incompatibilidad de segundo grado: no se trata ya de la incompatibilidad entre normas, de la que hemos tratado hasta ahora, sino de la incompatibilidad entre los criterios válidos para solucionar la incompatibilidad entre las normas. Junto al conflicto de las normas, que da lugar al problema de las antinomias, existe el conflicto de criterios

para solucionar las antinomias, que da lugar a una antinomia de segundo grado. ¿Son solucionables estas antinomias de segundo grado? La respuesta afirmativa depende del hecho de si hay o no reglas tradicionalmente admitidas para la solución del conflicto de criterios, así como existen reglas admitidas para solucionar el conflicto entre normas. Se trata, en otras palabras, de saber si existe un criterio establecido para la solución de los conflictos entre criterios, y de saber cuál es este criterio. Como no podríamos dar una respuesta general, debemos examinar uno a uno los casos de conflicto entre criterios.

Siendo tres los criterios (A, B, C), los conflictos entre criterios pueden ser tres: A con B, B con C, A con C:

1. *Conflicto entre el criterio jerárquico y el cronológico.* Este conflicto tiene lugar cuando una norma anterior-superior es antinómica respecto de una norma posterior-inferior.

El conflicto consiste en que si se aplica el criterio jerárquico prevalece la primera, y si se aplica el criterio cronológico prevalece la segunda. Entonces el problema consiste en saber cuál de los dos criterios prevalece sobre el otro. Aquí la respuesta no tiene duda. El criterio jerárquico prevalece sobre el cronológico, lo que tiene por efecto eliminar tanto la norma inferior como la posterior. En otras palabras, se puede decir que el principio *lex posterior derogat priori* no es aplicable cuando la *lex posterior* es jerárquicamente inferior a la *lex prior*. Esta solución es bastante obvia: si el criterio cronológico debiese prevalecer sobre el jerárquico, el mismo principio del orden jerárquico de las normas sería vano, porque la norma superior perdería el poder, que le es propio, de no ser abrogada por las normas inferiores. El criterio cronológico vale como criterio de elección entre dos normas puestas en el mismo plano, mas cuando dos normas están colocadas en planos diferentes, el criterio natural de elección es el que nace de la misma diferencia de planos.

2. *Conflicto entre el criterio de especialidad y el cronológico.* Este conflicto tiene lugar cuando una norma anterior-especial es incompatible con una norma posterior-general. Existe conflicto porque al aplicar el criterio de especialidad se da prevalencia a la primera norma, y al aplicar el criterio cronológico se da prevalencia a la segunda. También aquí se ha establecido una regla general: *lex posterior generalis non derogat priori speciali*. Con base en esta regla el conflicto entre el criterio de especialidad y el criterio cronológico debe ser resuelto en favor del primero: la ley general posterior no elimina la ley especial anterior. Ello introduce una excepción ulterior al principio *lex posterior*

derogat priori, ya que este principio desaparece no solo cuando la *lex posterior* es *inferior*, sino también cuando es *generalis* (y la *lex prior* es *specialis*). Esta regla, por otra parte, debe ser tomada con cierta cautela, ya que tiene un valor menos perentorio que el de la regla precedente. Se diría que la *lex specialis* tiene menos fuerza que la *lex superior*, y que, por consiguiente, su victoria sobre la *lex posterior* es más discutida. Sin embargo, para hacer afirmaciones más precisas en este campo, es necesario disponer de una amplia casuística.

3. *Conflicto entre el criterio jerárquico y el de la especialidad.* En los dos casos anteriores vimos el conflicto de estos dos criterios respectivamente con el criterio cronológico y comprobamos que ambos criterios son más fuertes que el cronológico. El caso más interesante se presenta cuando están en conflicto no uno de los dos criterios fuertes con el criterio débil (el cronológico), sino los dos criterios fuertes entre sí. Es el caso de una norma superior-general incompatible con una norma inferior-especial. Si se aplica el criterio jerárquico prevalece la primera, y si se aplica el criterio de especialidad prevalece la segunda. ¿Cuál de los dos criterios se debe aplicar? Una respuesta segura es imposible. No existe una regla general consolidada. También en este caso, como en el caso de ausencia de criterios, la solución dependerá del intérprete, quien aplicará uno u otro criterio, de acuerdo con las circunstancias.

La gravedad del conflicto se deriva del hecho de que están en juego dos valores fundamentales de todo ordenamiento jurídico: el de respeto al ordenamiento, que exige el respeto a la jerarquía y por consiguiente al criterio de la superioridad, y el de la justicia, que exige la adaptación gradual del derecho a las necesidades sociales, así como el respeto al criterio de la especialidad. Teóricamente, debería prevalecer el criterio jerárquico, ya que si se admitiese el principio de que una ley ordinaria especial puede derogar los principios constitucionales, que son normas generalísimas, los principios fundamentales de un ordenamiento jurídico estarían condenados a perder todo contenido.

Pero, en la práctica, la exigencia de adaptar los principios generales de una constitución a las siempre cambiantes y nuevas situaciones lleva frecuentemente a hacer triunfar la ley especial, aunque sea ordinaria, sobre la constitucional, como cuando la Corte Constitucional italiana decidió que el artículo 3°, inciso 3°, de la ley del 22 de diciembre de 1956, relativa a la creación del Ministerio de las Participaciones Estatales, que imponía a las empresas con participación estatal la obligación de retirarse de las organizaciones sindicales patronales, no era incompatible con el artículo 39 de la Constitución, que afirma para todos la libertad sindical (y por consiguiente la libertad de participar en la asociación

sindical de su agrado). En este caso el conflicto era claro entre una ley superior-general y una ley inferior-especial; pero con la declaratoria de constitucionalidad pronunciada por la Corte, se le dió prevalencia a la segunda y no a la primera.

71. El deber de la coherencia

Todo el análisis hecho en este capítulo presupone que la incompatibilidad entre dos normas es un mal que se debe eliminar, y que, por consiguiente, presupone una *regla de coherencia*, que podría ser formulada así: "En un ordenamiento jurídico no *deben* existir antinomias". Pero, ¿esta regla es a su vez una regla jurídica? ¿El deber de eliminar la antinomia es un deber jurídico? ¿Se puede decir que una regla semejante pertenece al ordenamiento jurídico, aun sin ser expresa? ¿Hay argumentos suficientes para sostener que en todo ordenamiento está implícita la prohibición de la antinomia y que concierne solamente al intérprete entenderla como explícita? Hago, finalmente, esta pregunta, ¿por qué se sostiene generalmente que la prohibición de la antinomia es una regla del sistema, sin profundizar en la naturaleza, en el alcance ni en la eficacia?

Una regla que se refiere a las normas de un ordenamiento jurídico —como la prohibición de las antinomias— no puede estar dirigida sino a quienes tienen que ver en la producción y en la aplicación de las normas, en particular al legislador que es el productor por excelencia y al juez que es el aplicador por excelencia. Dirigida la prohibición a los creadores de normas, diría así: "No debéis crear normas que sean incompatibles con otras normas del sistema". Dirigida a los aplicadores, la prohibición asumiría esta otra forma: "Si encontráis antinomias debéis eliminarlas". Se trata ahora de ver si existen, y en qué situación, una u otra de estas dos normas, o las dos. Supongamos tres casos:

1) El de las normas de diferente nivel, esto es, dispuestas jerárquicamente. En este caso, por lo general la regla de la coherencia presenta estas formas: a) la persona o el órgano autorizado para dictar normas inferiores debe producir normas que no sean contrarias a las normas superiores (piénsese en la obligación de quien tiene un poder reglamentario o un poder negocial para desarrollar este poder dentro de los límites establecidos por las normas superiores); b) el juez, cuando se encuentra ante un conflicto entre una norma superior y una norma inferior, debe aplicar la norma superior.

2) El caso de normas de igual nivel, sucesivas en el tiempo. En este caso no existe ningún deber de coherencia por parte del legislador,

mientras que sí existe por parte del juez el deber de resolver la antinomia, eliminando la norma anterior y aplicando la posterior. Existe, por lo tanto, la regla de la coherencia, en la segunda forma, o sea, dirigida a los jueces, pero no en la primera (dirigida al legislador): a) el legislador ordinario es perfectamente libre de dictar sucesivamente normas contrarias entre sí; esto se ha previsto, por ejemplo, en el art. 15 de las Disposiciones preliminares, ya citado, que admite la abrogación implícita, o sea que admite la legitimidad de una ley posterior contraria a una anterior; b) pero cuando la contradicción se presente el juez debe eliminarla, aplicando, de las dos normas, la posterior. Se puede decir entonces que el legislador es perfectamente libre para contradecirse, pero la coherencia se salva igualmente porque de las dos normas contrarias una cae, y la otra permanece como válida.

3) El caso de las normas de un mismo nivel, contemporáneas (por ejemplo, la promulgación de un código, o de una recopilación; o de una ley que regula toda una materia). Tampoco hay aquí obligación alguna, jurídicamente cualificada, para el legislador de no contradecirse, en el sentido de que una ley que contenga disposiciones contradictorias será siempre una ley válida, y son válidas las dos disposiciones contrarias. Podemos hablar, cuando más, en relación con el legislador, de un deber moral de no contradecirse, en consideración al hecho de que una ley contradictoria se torna más difícil y puede entorpecer la administración de justicia. En cuanto al juez, que se encuentra frente a una antinomia entre normas, supongamos de un código, tampoco tiene un deber jurídicamente cualificado de eliminar la antinomia. Simplemente, en el momento en que dos normas antinómicas no se pueden aplicar ambas a un mismo caso, se encontrará en la necesidad de aplicar una y desechar la otra. Pero se trata de una necesidad de hecho y no de una obligación (o de una necesidad moral), y, por tanto, las dos normas antinómicas continúan susbsistiendo en el ordenamiento, una al lado de la otra, y el mismo juez en un caso posterior u otro juez en el mismo caso (por ejemplo, un juez de segunda instancia) de las dos normas antinómicas puede aplicar la norma precedentemente desechada, y viceversa.

Resumiendo, en los tres casos tratados el problema de una presunta regla de la coherencia se resuelve de tres diferentes formas. En el primer caso la regla de la coherencia vale en ambas formas; en el segundo, vale solamente en la segunda forma; y en el tercero, no vale ni en la primera ni en la segunda forma, o sea que no existe ninguna regla de la coherencia. De este planteamiento podemos sacar luces para aclarar un problema controvertido, que consiste en si la compatibilidad es una condición necesaria para la validez de una norma jurídica, como dijimos en la parte

primera de esta obra (*supra*, pág. 21). Aquí, por la razón ya expuesta, debemos responder negativamente, por lo menos con relación al tercer caso, o sea el de normas de un mismo nivel y contemporáneas, en las cuales, como hemos visto, no existe ninguna regla de coherencia. *Dos normas incompatibles, del mismo nivel y contemporáneas, son ambas válidas*. Las dos no pueden ser contemporáneamente eficaces, por cuanto la aplicación de una al caso concreto excluye la aplicación de la otra; pero son ambas válidas, en el sentido de que, no obstante su conflicto, continúan existiendo en el sistema, y no existe remedio para su eliminación (más allá, se entiende, de la abrogación legislativa).

Cuando la coherencia no es condición de validez, es sin embargo condición para la justicia del ordenamiento. Es evidente que cuando dos normas contradictorias son ambas válidas, y puede ser aplicada indistintatemente una u otra, según el criterio del juez que está llamado a aplicarla, se violan dos exigencias fundamentales, en las que se inspiran o tienden a inspirarse los ordenamientos jurídicos: la exigencia de la certeza (que corresponde a los valores de la paz o del orden), y la de la justicia (que corresponde al valor de la igualdad). Cuando existen dos normas antinómicas, ambas válidas, y por tanto aplicables, el ordenamiento jurídico no logra garantizar la certeza, entendida como la posibilidad del ciudadano de prever con exactitud la consecuencia jurídica de su propia conducta, ni la justicia entendida como igual tratamiento a las personas que pertenecen a la misma categoría. Hay un episodio de *I promessi sposi**, que ilustra muy bien las razones morales por las cuales es bueno que en el derecho no existan antinomias. Es el episodio del homicidio cometido por Fray Cristóforo (alias Ludovico). La riña, seguida de un doble homicidio, surgió porque "los dos (Ludovico y su adversario) caminaban rozando la pared; pero Ludovico (nótese bien) lo tocaba con el lado derecho, y esto, según una costumbre, le daba el derecho (¡hasta dónde se tiene que meter el derecho!) de no separarse de la pared para dar paso a quien fuera, cosa a la cual entonces se le daba mucha importancia. El otro pretendía, por el contrario, que ese derecho le competía a él, por ser noble, y que a Ludovico le tocaba ir por el centro, y esto en razón de otra costumbre. Como se observa, en este caso, como en muchos otros, estaban en vigor dos costumbres contrarias, sin que se hubiere decidido cuál de las dos era la correcta; lo que podría ocasionar una guerra, cuando un testando se tropezara con otro del mismo carácter"[12].

* N. T. Se trata de la novela de A. MANZONI, *Los novios*.

[12] *I promessi sposi*, cap. IV, Edizioni Einaudi, pág. 58. El episodio es citado por C. E. BALOSSINI, *Consuetudini, usi, pratiche, regole del costume*, 1958, pág. 368.

CAPÍTULO IV

LA PLENITUD DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

72. EL PROBLEMA DE LAS LAGUNAS

Examinamos en los dos capítulos precedentes dos características del ordenamiento jurídico: la unidad y la coherencia. Nos queda ahora por considerar una tercera característica, que le es comúnmente atribuida: la *plenitud*. Por "plenitud" se entiende la propiedad por la cual un ordenamiento jurídico tiene una norma para regular cada caso. Dado que a la ausencia de una norma se le denomina generalmente "laguna" (en uno de los sentidos del término "laguna"), plenitud significa "ausencia de lagunas". En otras palabras, un ordenamiento es completo cuando el juez puede encontrar en él una norma para regular cada caso que se le presente, o mejor, no hay caso que no pueda ser regulado con una norma del sistema. Si queremos dar una definición más técnica de plenitud, podemos decir que un ordenamiento es completo cuando nunca se presenta el caso de que no pueda demostrarse que a él pertenecen determinada norma ni la norma contradictoria.

Queriendo especificar, la falta de plenitud consiste en el hecho de que el sistema no tiene una norma que prohíba determinado comportamiento ni una norma que lo permita. En efecto, si se puede demostrar que ni la prohibición ni la permisión de cierto comportamiento son producto del sistema, entonces se puede decir que el sistema es incompleto, que el ordenamiento jurídico tiene una laguna.

Con esta definición más técnica de plenitud se comprende mejor cuál es el nexo entre el problema de la plenitud y el de la coherencia, examinado en el capítulo precedente. Podemos, en efecto, definir la coherencia como aquella propiedad en virtud de la cual no es posible demostrar, en ningún caso, la pertenencia al sistema de una determinada norma y de su contradictoria. Como hemos visto, nos encontramos frente a una antinomia cuando nos damos cuenta de que al sistema pertenecen simultáneamente tanto la norma que prohíbe determinado comporta-

miento como la que lo permite. Por lo tanto, el nexo entre coherencia y plenitud radica en lo siguiente: la coherencia significa exclusión de toda situación en que dos normas que se contradicen pertenezcan al sistema; la plenitud significa exclusión de toda situación en la cual no pertenezca al sistema ninguna de las dos normas que se contradicen. Entonces llamaremos "incoherente" a un sistema en el que existan *tanto* normas que no permitan un cierto comportamiento *como* aquellas que lo permiten; e "incompleto" al sistema en el que no exista *ni* la norma que prohíbe determinado comportamiento *ni* la norma que lo permite.

El nexo entre los dos problemas por lo general se ha pasado por alto, pero no faltan en la mejor literatura jurídica aluciones a la necesidad de un estudio común. Por ejemplo, en el *Sistema* de SAVIGNY se lee este párrafo que me parece muy significativo: "...el conjunto de las fuentes del derecho... forma un todo, que está destinado a la solución de todas las cuestiones que se presenten en el campo del derecho. Para responder a tal fin, este debe presentar dos características: *unidad* y *plenitud*... El procedimiento ordinario consiste en deducir del conjunto de las fuentes un sistema de derecho... Si falta la *unidad*, entonces se trata de eliminar una *contradicción*; si falta la *plenitud*, entonces se trata de llenar una *laguna*. En realidad estas dos cosas pueden reducirse a un único concepto fundamental. En efecto, nosotros tratamos de establecer siempre la unidad: la unidad negativa elimina las contradicciones; la unidad positiva llena las lagunas"[1].

CARNELUTTI, en su *Teoria generale del diritto*, trata conjuntamente los dos problemas, y habla de falta de plenitud por *exuberancia* en el caso de las antinomias, y de falta de plenitud por *deficiencia* en el caso de las lagunas, cuyos remedios son opuestos: el de la *purga* del sistema para eliminar las normas exuberantes, o sea las antinomias, y el de la *plenitud* para eliminar la deficiencia de normas, o sea las lagunas[2]. CARNELUTTI sabe bien que la antinomia es un caso en el que hay más normas de las que debería haber, es decir, lo que hemos expresado en la forma *tanto ... como*, donde el deber del intérprete es suprimir aquello que está de más; la laguna, por el contrario, es un caso en el que hay menos normas de las que debería existir, o sea lo que hemos expresado con las dos conjunciones *ni ... ni*, en donde el deber del intérprete es el opuesto, es decir agregar lo que falta.

[1] F. C. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, traducción italiana, vol. 1, § 42, pág. 267.

[2] F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, 2ª edición, 1946, pág. 76.

Así como en relación con la característica de la coherencia, el problema del teórico general del derecho es saber en qué medida un ordenamiento jurídico es coherente, respecto de la característica de la plenitud, nuestro problema es saber en qué medida un ordenamiento jurídico es completo. Por lo que respecta a la coherencia, hemos manifestado que ella es una exigencia, mas no una necesidad, en el sentido de que la exclusión total de la antinomia no es condición necesaria para la existencia de un ordenamiento jurídico, puesto que un ordenamiento jurídico puede tolerar en su seno normas incompatibles, sin desaparecer. Frente al problema de la plenitud, si consideramos un determinado tipo de ordenamiento jurídico, como el italiano, caracterizado por el principio de que el juez debe juzgar todo caso mediante una norma perteneciente al sistema, la plenitud es algo más que una exigencia, es una necesidad, o sea, es una condición necesaria para el funcionamiento del sistema. La norma que establece el deber que tiene el juez de juzgar todo caso con base en una norma perteneciente al sistema, no se podría exigir si no se presupone que el sistema es completo, o sea, que tiene una regla para todos los casos. Por lo tanto, la plenitud es una condición sin la cual el sistema no podría funcionar en su complejidad. El arquetipo de los ordenamientos fundados, como se ha dicho, en *el dogma de la plenitud* es el Código Civil francés, cuyo art. 4° dice: "El juez que se niegue a juzgar, so pretexto de silencio, de oscuridad o de insuficiencia de la ley, podrá ser procesado como culpable de denegación de justicia"*. En el derecho italiano este principio está establecido en el art. 113 del Código de Procedimiento Civil, que dice: "Al pronunciarse sobre la causa el juez debe seguir las normas del derecho, salvo que la ley le atribuya el poder de decidir según la equidad".

En conclusión, la plenitud es una condición necesaria para aquellos ordenamientos en los cuales valgan estas dos reglas: 1) el juez está obligado a juzgar todas las controversias que se le presenten a examen; 2) y está obligado a juzgarlas con base en una norma que pertenezca al sistema.

Se comprende que si una de las dos reglas desaparece, la plenitud deja de ser considerada como un requisito del ordenamiento. Podríamos suponer dos tipos de ordenamientos incompletos, según que falte la primera o la segunda de las dos reglas. En un ordenamiento en el que no existiere la primera regla, el juez no estaría obligado a juzgar todas las

* N. T. El ordenamiento colombiano trae un precepto similar en el art. 48 de la ley 153 de 1887: "Los jueces o magistrados que rehusaren juzgar pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes incurrirán en responsabilidad por denegación de justicia".

controversias que le fueren presentadas; podría, pura y simplemente, rechazar el caso por ser jurídicamente irrelevante, con un juicio de *non liquet*. Para algunos, el ordenamiento internacional es un ordenamiento de este tipo: el juez internacional tendría facultad en algunos casos para no desestimar ni dar la razón a ninguno de los contendientes, y esta decisión sería diferente (aunque es discutible que así sea) de la decisión del juez que desestimare a uno y le diere la razón al otro, o viceversa.

En un ordenamiento en el que faltare la segunda regla, el juez estaría, ahí sí, obligado a juzgar los casos, pero no con base en una norma del sistema. Este es el caso del ordenamiento que autoriza al juez a juzgar, a falta de una disposición legal o de ley que pueda utilizarse, según equidad. Se pueden considerar como ordenamientos de este tipo el inglés y, en alguna medida, el suizo, que en ausencia de ley o de costumbre autorizan al juez para resolver la controversia, como si él mismo fuera el legislador.

Se comprende que en un ordenamiento en el que el juez esté autorizado para juzgar en equidad, no tiene ninguna importancia el hecho de que el ordenamiento sea preventivamente completo, porque en todo momento es completable.

73. El dogma de la plenitud

El dogma de la plenitud, es decir, el principio que afirma que el ordenamiento jurídico debe ser completo para que en todo caso pueda ofrecer al juez una solución sin tener que recurrir a la equidad, ha sido dominante, y lo es todavía hoy en parte en la teoría jurídica continental de origen romanista. Algunos lo consideran como uno de los aspectos sobresalientes del positivismo jurídico.

Remontándonos en el tiempo, este dogma de la plenitud nació probablemente en la tradición romanista medieval, cuando poco a poco el derecho romano comenzó a ser considerado como el derecho por excelencia, enunciado en el *Corpus iuris* de una vez por todas y de una vez para siempre, al cual no había nada que agregarle ni nada que le sobre, porque contiene las reglas con las cuales el buen intérprete está en capacidad de resolver todos los problemas jurídicos que se le presenten o que puedan presentársele. La completa y sutil técnica hermenéutica que desarrollan los comentaristas del derecho romano, lo mismo que los tratadistas, es especialmente una técnica para el conocimiento y el desarrollo interno del derecho romano, sobre el presupuesto de que este constituye un sistema

potencialmente completo, una especie de mina inagotable de la sabiduría jurídica, que el intérprete debe limitarse a excavar para encontrar la veta escondida. Si se nos permitiera resumir con una frase el carácter de la jurisprudencia que se ha desarrollado bajo el imperio y la sombra del derecho romano, diríamos que ella ha desarrollado el método de la *extensión* a costa del método de la *equidad*, inspirándose más en el principio de autoridad que en el de la naturaleza de las cosas.

En los tiempos modernos el dogma de la plenitud se ha convertido en componente de la concepción estatalista del derecho, es decir, de la concepción que hace de la producción jurídica un monopolio del Estado. A medida que el Estado moderno crecía en potencia, se iban agotando todas las fuentes del derecho que no fueran la ley, o sea la voluntad del soberano. La omnipotencia del Estado se volcó sobre el derecho de origen estatal, y no se reconoció otro derecho que no tuviera origen directo o indirecto en el soberano. Omnipotente como el Estado del cual emana, el derecho estatal debía regular todo caso posible. ¿Si existiesen lagunas, qué otra cosa debería hacer el juez aparte de recurrir a las fuentes jurídicas extraestatales, como la costumbre, la naturaleza de las cosas, la equidad? Admitir que el ordenamiento jurídico estatal no era completo, significaba introducir un derecho paralelo, romper el monopolio de la producción jurídica estatal. De allí que la afirmación del dogma de la plenitud vaya paralela con la monopolización del derecho por parte del Estado.

Para mantener este monopolio, el derecho del Estado debe servir para todo uso. Las grandes codificaciones son la expresión macroscópica de esta voluntad de plenitud. Y es, se sabe, precisamente en el interior de una de estas grandes codificaciones donde se ha pronunciado el veredicto de que el juez debe juzgar siempre de acuerdo con el sistema ya dado. La ilusión de la codificación es la plenitud, esto es, una regla para cada caso. El código es para el juez un prontuario que le debe servir infaliblemente y del cual no puede apartarse.

Ante toda gran codificación (tanto la francesa de 1804 como la germana de 1900) se ha desarrollado entre los juristas y los jueces la tendencia a atenerse escrupulosamente a los códigos, situación que se ha predicado especialmente de los juristas franceses en relación con los códigos napoleónicos, pero que se podría extender a todas las naciones con derecho codificado, como un *fetichismo legislativo*. En Francia, a la escuela jurídica que se ha impuesto después de la codificación se la llama generalmente con el nombre de *escuela de la exégesis*, y se la contrapone a la *escuela científica*, que aparece más tarde. El carácter peculiar